

我国国家权力配置原则的功能主义解释

张翔*

摘要 对权力“分立”或“混合”的形式主义理解,无法解释和规范我国国家权力的配置。我国宪法对民主集中制规定方式从“一律”到“原则”的改变,为国家权力配置的宪法原则开放了新的解释可能性,邓小平、彭真等“宪法工程师”将权力配置的实质标准确定为“权力行使的正确性”。此种功能主义的权力配置原则,强调国家效能和治理能力,要求将各种国家任务的相应职权配置给在组织、结构、程序、人员上具有功能优势的机关,而不再僵化地拘泥于权力的“分”“合”问题。我国现行宪法隐含此种功能主义的权力配置原理,其例证包括全国人大常委会职权和组织的加强、国家主席的恢复设置和外交权扩展等具体制度变迁。在“功能——机关”的维度,功能主义的权力配置原则可以概括为两项规范教义:第一,以机关结构决定职权归属;第二,因应职权需要调整机关结构。这一规范性原理可以实质性填充民主集中制的内涵,有助于解决有关我国国家机构的众多实践争议,我国国家机构的宪法释义学也可据此基础展开。

关键词 国家机构 民主集中制 治理能力 功能适当

一、不是“议行合一”,是什么?

“国家政权应该怎样组织?国家应该怎样治理?这是一个关系国家前途、人民命运的根本性问题”。〔1〕新中国确立人民代表大会制度为根本政治制度,但在政权组织的宪法原则(国家权力配置原则、国家机构的组织原则)上却一直存在争议。传统宪法理论曾长期将“议行合

* 中国人民大学法学院教授。

〔1〕 习近平:“在庆祝全国人民代表大会成立60周年大会上的讲话”,《人民日报》2014年9月6日,第2版。

一”作为我国国家机构的组织原则,但在现行《宪法》颁行之后,基于宪法事实上进行了权力分工等理由,学者们对“议行合一”原则提出质疑,认为“‘议行’不宜‘合一’”,〔2〕或不应再将“议行合一”作为我国国家权力配置的原则。〔3〕近期较有影响的宪法学教材,包括“马克思主义理论研究和建设工程”教材,也都不再将“议行合一”作为国家政权的组织原则。〔4〕

然而问题在于,不是“议行合一”,是什么?在我国“积极稳妥推进政治体制改革”〔5〕的进程中,全国人大常委会原委员长吴邦国已经“郑重表明我们不搞‘三权鼎立’”。〔6〕这一官方声明,是基于我国宪法的规范性判断。这意味着我国宪法下的国家机构释义学,确实无法容纳照搬自其它国家,甚或是基于理论想象的三权分立体制。既然不是“议行合一”,也不搞三权分立,那到底应怎样理解我国宪法下国家机构的组织原则?我国《宪法》第3条规定了“民主集中制”原则:“民主集中制是中国国家组织形式和活动方式的基本原则。”〔7〕但是,现有宪法学理对民主集中制原则的阐述,是否足以概括和解释我国宪法中的权力架构,并为实践中的机构设置、权力配置等问题提供规范性指引?〔8〕

笔者认为,有必要对我国宪法中配置国家权力的相关规范进行梳理,发掘其中隐含的深刻原理,重新诠释我国政权组织和权力配置的原则。这种研究绝非只是出于理论目的。法学作为“规范科学”与“实践科学”,蕴含着以规范阐释来规制社会生活的法治命题。对现行有效法律进行规范性描述,为实践争议问题提出解决建议,都是法学的任务所在。我国“全面深化改革”设定了“国家治理能力和治理体系现代化”的总目标,其中就包含着“强化权力运行制约和监督体系”〔9〕“强化制约,科学配置权力,形成科学的权力结构和运行机制”〔10〕的内容。党的十九大报告也提出,要“深化机构和行政体制改革。统筹考虑各类机构设置,科学配置党政部

〔2〕 吴家麟:“‘议行’不宜‘合一’”,《中国法学》1992年第5期,第26页。

〔3〕 参见徐秀义主编:《宪法学与政权建设理论综述》,北京理工大学出版社1990年版,第113页以下。近期否定“议行合一”的观点,参见杨景宇:“人民代表大会制度实行的是议行合一,还是议行分开?”,《中国人民大学制度理论研究》2017年5月总第1期。

〔4〕 参见《宪法学》编写组:《宪法学》,高等教育出版社、人民出版社2011年版,第246—247页。

〔5〕 习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第36页。

〔6〕 吴邦国:《全国人民代表大会常务委员会工作报告》,2011年3月10日第十一届全国人民代表大会第四次会议。

〔7〕 习近平,见前注〔1〕。

〔8〕 有政治学者提出要重视作为中国政治学核心问题的民主集中制的研究,主张“确立民主集中制的政体理论地位”。这种提法实际上也说明,在政治学上对民主集中制原则的阐释也是不足的。参见杨光斌、乔哲青:“论作为‘中国模式’的民主集中制政体”,《政治学研究》2015年第6期,第3—19页。王贵秀:“民主集中制的由来和含义新探”,《理论前沿》2002年第8期,第8—11页。

〔9〕 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过。

〔10〕 习近平在十八届中央纪委三次全会上的讲话,载新华网,http://news.xinhuanet.com/politics/2014-01/14/c_126004516.htm,最后访问日期:2017年7月30日。

门及内设机构权力、明确职责”，要“完善国家机构组织法”。^{〔11〕}党的十八届三中全会通过的《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》进一步提出“构建系统完备、科学规范、运行高效的党和国家机构职能体系”。科学配置国家权力，构建理性化的现代政府，是我国国家治理能力建设的核心议题，这要求相关宪法学原理研究的深入。

同时，在我国的改革进程中，与国家组织和权力配置相关的争议和问题层出不穷。例如，近期引人注目的监察制度改革就涉及调整国家权力结构、增设反腐的权力分支的问题。此外，国家主席的职权变迁、人大监督与法院检察院独立行使职权、全国人大的法律解释权与最高人民法院、最高人民检察院的司法解释、司法改革中的“员额制”“审执分离”，看守所改革中的“侦羁分离”、风险规制中的职权分工与组织建设等等问题，都与国家权力配置相关，但相关的宪法释义学研究仍有待发展。本文尝试超越权力分与合的意识形态话语，探寻务实的、技术性和法律性的思考方向，发掘我国宪法“民主集中制”原则所隐含的国家权力配置的功能主义进路，提炼规范中的功能主义内涵，并探索其可能带来的解决我国国家机构相关问题的方案。

二、权力“分”“合”问题的祛魅

近代以来，国家权力的“分立”抑或“混合”的问题一直笼罩在意识形态的迷雾之中，导致一种形式主义的思考进路。西方分权学说声称，分权与否是区分自由政体和非自由政体的标准。^{〔12〕}与之针锋相对的“议行合一”说则认为三权分立是资本主义的，议行合一才是社会主义的，二者是对立的思想体系。^{〔13〕}然而，各国宪法确立的国家机构组织方式和实际运行状况，却要求我们对这种形式主义、意识形态化的理解祛魅。

（一）自由作为分权的正义原则及其反思

分权学说的论证逻辑，是从“分权可以保证自由”的信念开始的，即相信只有将国家权力相互分立，才能控制国家，避免其侵害自由。孟德斯鸠对于三权分立的论证就以自由为起点。他心目中理想的“英格兰政制”的“直接目的就是政治自由”。“要享有这种自由，就必须建立一种政府，在它的统治下一个公民不惧怕另一个公民。”^{〔14〕}这就是权力分立体制，而权力不分立的后果是“自由便不复存在了”。^{〔15〕}历史上，孟德斯鸠的分权学说成为资产阶级革命的指导思想。美国的制宪过程中，麦迪逊说：“最需要防备的，是各种权力被逐渐集中到一个部门”，而分

〔11〕 习近平，见前注〔5〕，第39页。

〔12〕 See M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (2nd ed.), Indianapolis: Liberty Fund, 1998, pp.9-10.

〔13〕 参见许崇德、何华辉：“三权分立与议行合一的比较研究”，《法学评论》1987年第5期，第1、3页。

〔14〕 (法)孟德斯鸠，《论法的精神》(上册)，张雁深译，商务印书馆1961年版，第156-157页。

〔15〕 同上注，第157页。

权机制“对控制政府滥权必不可少”。^[16] 法国《人权宣言》第16条“凡人权无保障和分权未确立的社会,就没有宪法”则最为集中地表达了分权与自由是一体两面。可以讲,自由就是分权的正当性来源,自由是目的,分权是手段。自由构成分权的正义原则。

但分权真的可以保卫自由吗?这一点自始就备受争议。针对“反联邦党人”要求彻底分权的主张,^[17]麦迪逊表达了不同的意见。他认为,这种彻底分权的观点,既没有任何经验基础,更是对孟德斯鸠的误解。相反,美国宪法对于三权进行了适度和必要的混合:“三权分开这个政治格言,并不要求把立法、行政、司法三个部门彼此彻底隔开……若不像现在这样彼此联系和交织,使每个部门对另外两个部门有一份以宪法为依据的控制权,这条政治格言所要求的一定程度的分开,作为自由政府的基础,在实践中永远无法正式坚持。”^[18]麦迪逊之所以反对绝对化地理解三权分立,是因为他认识到:分权是在弱化国家的能力,而一个虚弱的国家是无力保卫自由的。美国制宪的背景正是《邦联条例》下的“美国脆弱而危险”,^[19]而一个有效能的联邦政府,正是麦迪逊等人的目标所在。在《联邦论》的第一篇中,麦迪逊就表明了立场:“为保障公民权利,政府必须有权有效”,而那些高扬民权,讨好百姓的“民贼”,则往往“以蛊惑家开局,终以专制者收场”。^[20]维尔认为,以消极自由观为基础的分权学说最大的问题在于:“聚焦于防止政府侵蚀个人自由导致了一些弱化政府的措施,以至政府无法行动来为社会经济生活提供必需品,而这是个体恰当发挥才能的关键所在”。^[21]偏激地主张自由和彻底分权,其结果是走向自由的反面。

(二)无法避免的权力混合

同时,从经验上看,人类历史上也从来没有过纯粹的分权体制。美国的“分权制衡”下,“制衡”其实就是一项权力参与到另一项权力中。^[22] 实践中,各种“准司法”“委托立法”“行政司法”大量出现,总统相对国会的权力扩张(特别在外交和军事领域)、^[23]各种权力的“委任和混合”“立法——行政分立的萎缩”^[24]等都在修正乃至颠覆传统的三权分立学说。施米特指出:“‘分权’系统绝不是一种在任何地方都从一切细节上得到了实施的带有历史具体性的组织形

[16] (美)亚历山大·汉密尔顿、詹姆斯·麦迪逊、约翰·杰伊:《联邦论》,尹宣译,凤凰传媒出版集团、译林出版社2010年版,第354页。

[17] 参见姜峰、毕竟悦编译:《联邦党人与反联邦党人——在宪法批准中的辩论(1787-1788)》,中国政法大学出版社2012年版,第48页以下。

[18] 汉密尔顿等,见前注[16],第336页。

[19] (美)马克斯·法伦德:《设计宪法》,董成美译,上海三联书店2006年版,第8页。

[20] 汉密尔顿等,见前注[16],第3页。

[21] M.J.C. Vile, *supra* note 12, p.15.

[22] M.J.C. Vile, *supra* note 12, p.19.

[23] Louis Henkin, *Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs*, New York: Columbia University Press, 1990, p.18.

[24] (美)杰弗里·马歇尔:《宪法理论》,刘刚译,法律出版社2006年版,第134页。

式,它不过是一个理论模式而已”。〔25〕有人甚至认为:“不存在什么三权分立、各司其职”,而只有同一职能被几个机构共担的“混合宪制”。〔26〕尽管还没有出现能够根本性替代分权学说的理论,但形式主义的、纯粹化的分权学说已经难以为继。

(三)“三权已足”?〔27〕

分权学说的另一个重要教义是将国家权力一分为三:立法、行政和司法。〔28〕这种区分甚至可以溯源到亚里士多德把政府权力区分为“议事”“行政”和“审判(司法)”三个机能。〔29〕在分权学说中,这种三分法几乎是先验性的。然而,三权分立下的政制实践却突破了这一基本模型。例如,在美国出现了权力的“第四分支”(the fourth branch),即各种独立规制机构。“美国独立规制机构是美国政治生活中不可或缺的一部分。它将不同的见解、专业知识和背景汇集起来,来处理法律上棘手、技术上复杂、政治上敏感的诸多问题,以应对复杂的经济和社会事务。”〔30〕这些机构具有成员的独立性和决策程序、管辖范围上的特定性,〔31〕被称为“没有顶头上司的第四分支”,〔32〕其职权混合了立法、行政、司法。针对独立管制机构是否抵触三权分立,是否合宪,不断有争议,但“第四权力”却再也不可能被取消了。图什内特甚至认为“承认第四分支的存在有助于解决用三权分立模式解释行政国家的情况时所遇到的一些困难。”〔33〕针对三权分立的不足,学者们开始探讨“新分权”,探讨创设新的分支。例如,阿克曼认为,可以考虑设置“廉政的分支”和“规制的分支”,以回应“职能专业化”的需要,〔34〕图什内特主张可以设立选举争端解决机构等“第五分支”。〔35〕这些新分支的实践和理论发展,不说颠覆,至少也是在修正三权分立模式。

“虽然权力分立的理念有可能具有普遍性的意味,但从各国实际的政体结构而言,三权分立

〔25〕 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 8. Aufl., 1993, S.198.

〔26〕 莫恩斯·赫尔曼·汉森:“混合宪制与三权分立:现代民主的君主制与贵族制特征”,欧树军译,《经济社会体制比较(双月刊)》2012年第2期,第112页。

〔27〕 “三权已足,五权不够”是历史学家唐德刚对孙中山五权宪法的批评。不难看出,他还是在相当形式性地理解分权。参见唐德刚:《晚清七十年(五)》,远流出版专业股份有限公司2012年初版第二十二刷,第221页。

〔28〕 M.J.C. Vile, *supra* note 12, pp.15—16.

〔29〕 (古希腊)亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第215页。

〔30〕 宋华琳:“美国行政法上的独立规制机构”,《清华法学》2010年第6期,第53页。

〔31〕 同上注,第68页。

〔32〕 (美)理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第五版)(第一卷),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第62页。

〔33〕 Mark Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, UK · Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, Inc, 2014, p.95.

〔34〕 (美)布鲁斯·阿克曼:《别了,孟德斯鸠:新分权的理论与实践》,聂鑫译,中国政法大学出版社2016年版,第83页以下。

〔35〕 Mark Tushnet, *supra* note 33, p.95.

实则是以美国为代表的一些国家的特殊政体形态。”^[36]事实上,美国学者也在反思对权力分立(特别是美国模式)的教条化认识。如阿克曼认为:“对美国人来说,努力将其分权制衡的体制发展到最好是一回事,高举美国模式,将其作为全世界自由民主的指路明灯则是另一回事。”^[37]无论如何,三权分立已经被相当程度上祛魅了,不应该再对其做理想化、教条化的理解。

(四)“议行合一”的否定

相比三权分立,“议行合一”说在我国更早被祛魅。我国学者对“议行合一”说所做驳论甚多,^[38]这里只根据现行宪法的起草做一点补充。邓小平所作《党和国家领导制度的改革》的讲话,是理解现行宪法的重要制宪史材料。在讲话中,邓小平一再强调分权和民主性:

权力不宜过分集中。权力过分集中,妨碍社会主义民主制度和党的民主集中制的实行……容易造成个人专断,破坏集体领导,产生官僚主义。

我们历史上多次过分强调党的集中统一,过分强调反对分散主义、闹独立性,很少强调必要的分权和自主权……权力过分集中,越来越不能适应社会主义事业的发展。对这个问题长期没有足够的认识,成为发生“文化大革命”的一个重要原因,使我们付出了沉重的代价。现在再也不能不解决了。

事实上,权力要分工是当时的“宪法工程师”们的共识,也直接成为了1982年《宪法》起草的指导思想:“关于不允许权力过分集中的原则,也将在宪法上表现出来。”^[39]因此,翟志勇博士直称现行宪法为“分权制”。^[40]这个说法稍显绝对,没有充分考虑“民主集中制”的意涵,但在说明宪法事实上不是“议行合一”这一点上,无疑是正确的。

邓小平反对权力过分集中、主张合理分工的思想完整体现于1982年《宪法》。彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中,归纳了国家机构规范的三个应“遵循的方向”,第三项就是“使各个国家机关更好地分工合作、相互配合”。他还特别指出宪法对“国家机构的这种合理分工,既可以避免权力过分集中,又可以使国家的各项工作有效地进行”。^[41]此后,在担任全国人大常委会委员长期间,彭真又有这样的表达:“我们讲监督,不要把应由国务院、法

[36] 参见刘晗:“美国宪法的内在特性:制度结构、法律教义与宪法文化”,《比较法研究》2014年第5期,第21页。

[37] 阿克曼,见前注[34],第11页。

[38] 除前注[2]吴家麟文以外,还包括但不限于:王玉明:“议行合一不是我国国家机构的组织原则”,《政法论坛》1989年第4期,第30—34页;童之伟:“‘议行合一’说不宜继续沿用”,《法学研究》2000年第6期,第48—57页;周永坤:“议行合一原则应当彻底抛弃”,《法律科学》2006年第1期,第53—61页;张泽涛:“‘议行合一’对司法权的负面影响”,《法学》2003年第10期,第19—24页。刘政:“‘议行合一’是不是人民代表大会制度的一个特点”,载刘政、程相清:《人民代表大会制度的理论和实践》,中国民主法制出版社2002年版。

[39] 邓小平:“党和国家领导制度的改革”,载《人民代表大会制度重要文献选编》(二),中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版,第469、476、477、486页。

[40] 翟志勇:“国家主席、元首制与宪法危机”,《中外法学》2015年第2期,第361页。

[41] 彭真:“关于中华人民共和国宪法修改草案的报告”,载《人民代表大会制度重要文献选编》(二),中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版,第570页。

院、检察院管的事也拿过来。如果这样,就侵犯了国务院、法院、检察院的职权。而且第一我们管不了,第二也管不好”。〔42〕这充分说明,1982年《宪法》本质上主张权力分工,否定“议行合一”。在全国人大统一领导下进行权力分工,也一直是官方的权威解读。2008年,时任全国人大常委会委员长的吴邦国发文指出:“人大和‘一府两院’的关系与西方国家国家机关间的关系有着本质区别。我们是由人民代表大会统一行使国家权力……人大统一行使国家权力要尽职尽责,但不代行行政权、审判权、检察权。”〔43〕这是对“合理分工”的进一步阐释。因此,再坚持“议行合一”说,并将其作为我国社会主义宪法的国家组织原则,甚至作为姓资姓社的标准,在规范和事实两个层面都没有基础。

在拨开形式主义的迷雾,对权力的“分”“合”议题进行理论和实践上的考察之后,我们会发现,分权体制既无法避免各种权力之间的混合,也无法避免出现新的权力分支。在坚持“国家权力统一行使”的我国,在强调主权权威的惟一性和权力之间的相互配合之外,却也必须探索权力之间的“合理分工”。因此,再以形式主义的意识形态对立的思维方式去理解国家权力的配置问题,无异于刻舟求剑、胶柱鼓瑟。这种思路,是一种简单二分法,缺乏对政制问题复杂性的深刻理解。

三、“民主集中制”原则的留白

那么,权力的“分”与“合”之间到底有着怎样的玄机?具体到我国宪法下的国家权力配置究竟应该遵循怎样的原则?这里,首先必须考察《宪法》第3条规定的“民主集中制”。

(一)民主集中制的坚持与困境

作为国家权力配置原则的“民主集中制”〔44〕曾经是与“议行合一”论相伴随并相互诠释的。董必武在1949年9月政协全体会议上作的《关于草拟中华人民共和国中央人民政府组织法的经过及其基本内容的报告》指出,政府组织的原则是民主集中制,并说明“民主集中制的原则,与旧民主主义三权分立的原则相反……我们不要这一套,我们的制度是议行合一的,是一切权力集中于人民代表大会的政府”。这里的民主集中制与议行合一关联非常紧密。与《中央人民政府组织法》同一天通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》也规定“各级政权机关一律实行民主集中制”。在之后的几部宪法中,1954年

〔42〕 彭真:“关于全国人大常委会的工作”,载《人民代表大会制度重要文献选编》(二),中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版,第680页。这是彭真在省、自治区、直辖市人大常委会负责同志工作会议上的讲话。

〔43〕 吴邦国:“坚持中国特色社会主义政治发展道路 努力把人大工作提高到一个新水平”,《求是杂志》2008年第8期,第5页。

〔44〕 民主集中制有作为党的组织原则、军队组织原则、国家机关组织原则等不同层面,也有理论的不同历史阶段。作为一项针对现行有效法律的法释义学研究,本文的讨论仅仅限定在1982年《宪法》之下作为国家组织的宪法原则的层面。其他层面的研究,可参见前注〔8〕,杨光斌、乔哲青文,王贵秀文。

《宪法》和1978年《宪法》规定“全国人民代表大会、地方各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制”，1975年《宪法》规定“各级人民代表大会和其他国家机关，一律实行民主集中制”。到1982年《宪法》起草时，“议行合一”已经淡出主流话语，但民主集中制还是被反复申说，并且最终在第3条第1款中规定下来，表述为：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”。因此，民主集中制始终是我国国家机构的组织原则，这一点也一直为我国宪法学界所坚持。

问题在于，民主集中制原则是否足以承担国家机构组织原则的功能？或者说，宪法学上对于“民主集中制”原则内涵的阐释，是否足以让它承担这一功能，即为我国国家机关权力配置提供规范性指引？应该说，现有对于“民主集中制”的内涵界定是相当模糊甚至空洞的，如果不进行进一步的补充诠释，就不足以承担作为“最优化命令”的原则功能。民主集中制原则具有“内涵的多义性”，“无论在理论还是实践中，对民主集中制的实质是什么恐怕都没有形成共识”。^{〔45〕}我国宪法学界基于《宪法》第3条对民主集中制的阐释有以下几个层面：①强调权力的人民性（民主）和权力行使的统一性（集中），也就是“民主基础上的集中和在集中领导下的民主”，认为只有充分民主基础上的集中才不会成为“官僚集中制”。^{〔46〕}而权力最终集中于中央国家机关，“才能统一号令，统一目标，使得全国各族人民团结起来，为共同的目标奋斗”。^{〔47〕}权力的集中，是为了保证人民主权的唯一性和权威性。②在国家机关的关系上，强调行政机关、审判机关、检察机关都由人大产生，对它负责，受它监督。^{〔48〕}这同样是对国家权力的最终统一性的强调。

然而，除了“民主”^{〔49〕}和“权力最终统一”的内涵之外，现有对民主集中制原则的解读显然存在规范内涵上的空白。上述解读无法回答中国的国家机关组织、权力配置和运作方式上的众多问题，例如：①民主集中制并不排斥权力分工，宪法对国家机关做了权力机关、行政机关、审判机关、检察机关的区分，这种区分是基于何种考量？②对不同机关配置不同的权力，是基于何种标准？③不同机关各自应有怎样的组织方式和工作方式？④全国人大是“最高国家权力机关”，各种国家权力最终统一于全国人大，但宪法同时规定了“最高行政机关”“最高人民法院”“最高人民检察院”，这几种“最高”如何理解？⑤全国人大还能否行使这些已经分工出去的权力？笔者并非是说我国宪法学界没有尝试去回答这些问题，从制宪材料中我们也能找到相关机构设置的考量因素。这里只是想说明：

〔45〕 刘松山：《运行中的宪法》，中国民主法制出版社2008年版，第59页。

〔46〕 参见张正钊：“国家机构的民主集中制原则”，载人民日报出版社编：《〈中华人民共和国宪法〉讲话》，人民日报出版社1983年版，第40页。

〔47〕 许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社1996年版，第183页。

〔48〕 还有一个层次是针对第3条第4款央地关系的，属于纵向权力关系，并非本文讨论的主题，此处不赘。相关研究，参见王建学：“论地方事权的法理基础与宪法结构”，《中国法学》2017年第4期，第124—142页。

〔49〕 关于民主集中制原则的民主主义属性，参见杨光斌、乔哲青，见前注〔8〕，第6—8页。

相关的分析并没有被真正统合在《宪法》第3条“民主集中制”这一国家组织和国家权力配置的总原则之下,宪法学上仍然缺乏关于国家权力配置的总的学理概括。迄今为止对民主集中制的阐述,“几乎是一种空洞的、具体内容不明的政治话语”,而法学必须进行“规范性的陈述”。^[50] 尽管如此,笔者仍然认为,并将在下文展示:从宪法文本变迁和制宪史材料中仍然能找到进一步诠释“民主集中制”的因素,可以使其统合宪法中的国家组织规范,并为未来的权力配置争议的解决提供规范性指引。

(二)从“一律”到“原则”:重新诠释民主集中制的可能性

首先值得注意的是1982年《宪法》对于民主集中制原则的规定方式发生了从“一律”到“原则”的变化。《共同纲领》和1954年、1975年、1978年三部《宪法》规定的是各国家机关“一律实行民主集中制”,而1982年《宪法》修改为“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”。从“一律”到“原则”,修改了从建国开始延续三十多年的表述,无疑是国家机构规范上的重大变化。按照肖蔚云教授的记述,之所以如此修改,

主要是觉得“一律”二字太绝对化,而行政机关实行的是首长负责制,虽然也是在集体讨论的基础上首长有最后决定权,也是民主集中制原则的体现,但又不同于国家权力机关实行的民主集中制形式,而是有自己的特点。宪法的写法则比较合适,说明“原则上”国家机关都实行民主集中制,但具体的形式还可以有所不同。^[51]

在肖蔚云教授看来,民主集中制从“一律”到“原则”的变化,是“总结了三十多年来正反两个方面的经验”。^[52] 如此重要的和显然经过深思熟虑的规范变迁,是宪法解释不能忽略的因素。

笔者认为,这个变化意味着:民主集中制从一个没有例外的、整齐划一的绝对原则,变成了一个存在多种可能性的、具有开放性的相对原则。在这个原则下,“各国家机关按照本身的不同情况,在贯彻执行时又可以有方式上的不同和区别。这样做更符合我国国家机构的实际情况,既有利于发展社会主义民主,又有利于提高国家机构的工作效能。”^[53] 这意味着,不同的国家机关可以有不同组织方式和工作方式,而这种差异实际上来自于其各自功能上的差异。刘松山教授认为:“民主集中制是作为一种组织原则或者组织制度在国家机构的体系中运用的,而不是在各个国家机关内部运用的”,^[54] 这解释了民主集中制原则内在包含的“差异化”内涵。马岭教授进一步认为:“民主集中制原则只是国家机构的组织原则,而不是各国家机关内部的活动原则”,^[55] 并指出人大、政府、军

[50] 林来梵:《宪法学讲义》(第二版),法律出版社2015年版,第234页。

[51] 肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第103—104页。

[52] 肖蔚云:“新宪法对民主集中制原则的发展”,《法学研究》1983年第1期,第7页。

[53] 同上注,第8页。

[54] 刘松山,见前注[45],第77页。

[55] 马岭:“我国现行《宪法》中的民主集中制原则”,《云南大学学报法学版》2013年第7期,第9—10页。

事机关、法院、检察院分别采取了合议制、个人负责制等活动方式。这也是认识到了不同机关基于不同职能在组织和活动上的特殊化。但笔者认为,二位的解读还是不充分的。合议制、个人负责制并非如二位教授所言只是活动方式,其实还是组织方式,因为机关的组织方式和活动方式是无法割裂的。如果如二位这样仅仅从各机关的相互关系(特别是与人大的关系)角度解读民主集中制,民主集中制就只是半个原则:只解决外部关系,而不解决各机关内部的组织和运作。《宪法》第3条规定“国家机构实行民主集中制的原则”,不能被理解为民主集中制只构成各机关相互关系的外部性原则,而不构成规范内部活动的原则。这种解读会削弱民主集中制作为我国国家机构原则的规范地位。这就要求,在二位教授所认识到的差异性的基础上,进一步建构民主集中制的规范内涵,使其足以承担作为国家机构组织原则的功能。

(三)“正确性”作为民主集中制原则的实质标准

继续考察制宪史材料,可以找到进一步充实民主集中制原则的方向。按照前文中肖蔚云教授对制宪意图的记述,1982年《宪法》对于民主集中制的新发展,不仅在于发展民主,还在于“提高国家机构的工作效能”。这揭示出了1982年《宪法》起草时关于国家机构组织和权力配置的重要考量因素:“权力的效能”。保证权力能够被良好地行使,发挥其最好的效果。彭真对于1982年宪法草案的国家机构部分的说明也能充分佐证这一点。彭真的说明从“民主集中制”原则开始:“根据这一原则和我国三十多年来政权建设的经验,草案对国家机构作了许多重要的新规定”,接下来分七个方面对新规定作了说明。然后,彭真概括了“作出这些规定所遵循的方向和所体现的要求”,分别是:

“第一,使全体人民能够更好地行使国家权力。”

“第二,使国家机关能够更有效地领导和组织社会主义建设事业。”

“第三,使各个国家机关更好地分工合作、相互配合。”^[56]

王旭博士将这三句话分别概括为“民主制约原理”“机构效能原理”和“机构耦合原理”。^[57]在笔者看来,三句话中都用到了“更好地”“更有效率”的表达,都是在表达“国家权力行使要有效能”这样一个核心思想。在王旭看来,这几句话包含了“确保制度运转有效性”“理清机关的职能边界并形成制度合力”^[58]的含义,此论甚当。而且这一制宪考量,与前述麦迪逊对于权力分立和混合的思考具有高度一致性,都是在思考建构中的国家机构的“权能和效率”,也都是在思考国家的治理能力。这正是任何负责任的“宪法工程师”都必须考虑的核心议题。

保证国家权力行使的效能,内在包含了对国家权力行使的“正确性”要求。申言之,国家的各种决策要在国家目标指引下,尽可能科学、高效。在1982年《宪法》的起草过程

[56] 彭真,见前注[41],第568—570页。

[57] 王旭:“国家监察机构设置的宪法学思考”,《中国政法大学学报》2017年第5期,第138页。

[58] 同上注。

中,民主集中制原则也被赋予了此种“正确性”的内涵。针对邓小平《党和国家领导制度的改革》的讲话引发的关于民主集中制的不同理解,彭真作了专门澄清:“民主集中制在一定意义上也可以说是多谋善断。多谋,就是要听取各种意见,就是集思广益;善断,就是在民主的基础上正确的集中。”〔59〕“多谋善断”“集思广益”指向的是权力行使的“正确”。〔60〕这说明,在宪法起草的关键人物看来,国家机构的组织与权力运作的规则设计,在“民主集中制”的总原则之下,要以灵活而开放的方式来保证权力行使的正确性,不再形式化地纠结于权力的合或分,而是更加务实地思考国家功能的有效实现。此种“正确性”标准,为思考和分析我国宪法“民主集中制”原则下的权力配置,提供了新的思路。这一思路也一直为我国的政治家们坚持和发展。习近平同志指出,对一国国家制度进行评价主要在于“民主性”和“有效性”两个方面,而“国家决策能否实现科学化”是重要指标。他还对民主集中制做了这样的论述:“我们要坚持和完善民主集中制的制度和原则,促进各类国家机关提高能力和效力”。〔61〕“有效性”“科学性”“能力和效力”都指向民主集中制原则的“正确性”内涵。这一点与党的十九大报告中的表述“科学配置党政部门及内设机构权力、明确职责”也是一脉相承的。《中国共产党章程》关于“坚持民主集中制”的内容也继续要求“必须实行正确的集中”。此种权力配置原则的思路,实际上是一种“功能主义”的思路。这为我们重新阐释《宪法》第3条的民主集中制原则,提供了重要的思想基础。

四、国家权力配置的功能主义及其规范内涵

(一)国家决策的正确性作为功能主义的目标

在展开对我国宪法中国家组织的功能主义原则的阐释之前,本文首先尝试对此种功能主义进路做一般性描述。国家权力配置的功能主义进路,重视国家权力行使的正确性以及国家的权能和效率。与形式主义的分权理论不同,功能主义的进路在关注人民自由的保障同时,同样重视国家机关的创设和权力(功能)的配置。此种进路下,国家权力的分工并非只是消极性的,也不仅是为了限制、缓和乃至弱化国家权力。相反,国家权力的分工同样也是积极性的,是“建立统治”和“形成权力”的过程,要为政治共同体创造稳定有效的秩序,使国家权力得到恰当安排,让国家得以建构起来并能作出合理决策,进而实现共同体之目的。麦迪逊反对绝对的分权,容忍权力间的混合交织,“明智而热情地支持政府的权能和效率”,可视为此种功能主义进

〔59〕 彭真:“在全国省、自治区、直辖市人大常委会负责同志座谈会上的讲话纪要”,载《人民代表大会制度重要文献选编》(二),中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版,第504页。

〔60〕 参见《彭真传》编写组:《彭真传》(第四卷),中央文献出版社2012年版,第1451页。

〔61〕 习近平:“坚定对中国特色社会主义政治制度的自信”,载《习近平谈治国理政》(第二卷),第287、290页。

路的近代源头。

与形式主义的分权学说以意识形态化的“保卫自由”作为正当性基础不同,功能主义进路为国家权力的分工做出了新的正当性论证。^[62]阿克曼认为,必须借助一套政治价值以评估各种不同的分权政体,“如果不确立标准,分权的讨论就蜕化成轻率的宪法工程学了”。^[63]换言之,不能把分权当作天然正确的。为此,他给出了三个正当性价值:民主、专业能力和保护、增进公民的基本权利,^[64]这些都是“消极自由”以外的新的正当性理据。杰里米·沃尔德伦则认为:分权体制的重要性在于它提供了一种清晰分明的治理方式,其核心在于国家权力得到更好的、正确的行使。^[65]尼克·巴伯也认为:权力分立的核心不在于自由,而在于效率。其本质在于形式与功能的吻合,在于将职能分配给最适合承担它的机关。^[66]实践上,此种功能主义进路也指向以国家决策的正确性来判定权力配置的合宪性。例如,美国联邦最高法院在一个关于将案件裁判权授予独立委员会的判决中指出:国会将裁判功能赋予某个司法机关以外的机构来行使的做法是否合宪的问题,要切实注意规范的实质,不能教条地依赖形式上的权力分类。^[67]这就是在强调将权力分配给最适合行使的机构。类似的,德国联邦宪法法院在著名的“核导弹部署案”中指出,政府在外事务上具有优先性,将外交权分配给行政机关,是因为从机构、人员、组织、事项上来看,行政都具有功能优势,能够针对变幻不定的外交事务,迅速且合理地做出反应,最好地完成国家的外交职能。^[68]此案确立了权力配置的“功能适当原则”,其基本阐释是:“作为一个原则的权力在组织和功能上的分工,有助于政治权力和责任的分配以及对掌权者的监督;但其目的也在于,让国家能作出尽可能正确的决策,也就是,由具有最优前提条件的机关按照它们的组织、组成、功能和程序作出决策。这也是为了谋求国家权力的适度和节制”。^[69]这表明权力配置的重要目标在于:保证国家决策的正确性。

(二)功能主义原理的正反两面

功能主义的权力配置观的要点在于“功能——机关”的明确勾连。按照黑塞的概括,特定的功能要由以特定方式组织起来的机构承担。^[70]“为了让各项任务得到符合其特质的良好

[62] 关于分权学说的形式主义与功能主义的比较,See John F. Manning, “Separation of Powers as Ordinary Interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol.124, 2011, p.1939.

[63] 阿克曼,见前注[34],第7页。

[64] 阿克曼,见前注[34],第8页以下。

[65] Jeremy Waldron, “Separation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, Vol.54, 2013, pp.433, 434—435.

[66] N. W. Barber, “Prelude to the Separation of Powers”, *Cambridge Law Journal*, Vol.60, 2001, p.59.

[67] *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S.848(1986).

[68] BVerfGE 68, 1, 87.

[69] BVerfGE 68, 1, 86.

[70] 例如,议会由人民选举出来的议员组成,适合协调各种利益制定抽象规范,而不适合完成行政的细节性任务;受行政命令约束的行政官员,适合执行法律,却无法胜任裁判;具备独立性的法官适合裁判争议,但无法考量社会的多元利益而完成立法任务,等等。

的落实,不同机构的结构、组成和人员就应该是功能适当的。”〔71〕从相反的角度讲,“当功能和机关的组织结构实际上相互关联,那么就意味着一个功能承担和分配上的禁令:禁止机关的结构与其承担的基础功能不匹配”。〔72〕此种“不适配的禁止”是功能适当原则的精髓。〔73〕另一位学者欧森布尔对功能适当原则做了这样的概括:“合乎宪法的分权体系要求,国家功能的分配以及国家任务的分担和决策的做出,必须遵循如下要求:各个机关依据其内部结构、组成人员、工作方式和必须遵守的决定程序,能够合法且有准备地做出有效率的决定”。〔74〕

功能主义的权力配置观,指向的是国家决策的正确性(Richtigkeit)和理性化(Rationalisierung),体现的正是“国家治理能力现代化”的要求。“现代性的核心特质是理性化,它蕴涵了人类对某种目标的合理界定、对实现方式的合理选择。正是基于这一理念,现代政治的核心要义是实现政府体系的理性化。”〔75〕功能主义的权力配置观仍然支持权力的必要分工和平衡,但不再简单机械地拘泥于权力相互掣肘、削弱,而是取向于国家功能的最优化实现。这种进路的最终着眼点,在于国家共同体的存续,在于国家权力行使的高效能和理性化。

(三)1982年《宪法》中的功能主义考量

1982年《宪法》可以说是我国国家治理现代化的一个重要节点。如前所述,作为“总设计师”的邓小平和作为宪法工程师的彭真等人,开辟了国家权力配置的功能主义思考方向。1982年《宪法》的国家机构规范的起草和实施实践发展,体现了功能主义的因素,极大地充实了民主集中制原则的内涵。在笔者看来,1982年《宪法》中蕴含的功能主义的权力配置观,主要是围绕着国家机关的“功能——机关”维度,即组织结构与其职权归属的关系展开的。这集中体现在1982年《宪法》中四项制度的演进变化中。

1.全国人大常委会职权与组织的强化

1982年《宪法》在国家机构规定上的新变化,位列第一的是“加强人民代表大会制度”,其核心是加强全国人大常委会的职权和组织建设。“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。全国人大和它的常委会行使国家立法权;除基本法律应当由全国人大制定以外,其他法律由全国人大常委会制定。”〔76〕相比1954年《宪法》规定“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”,1982年《宪法》第58

〔71〕 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.20 Aufl., S.211.

〔72〕 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.20 Aufl., S.211f.

〔73〕 例如:法官不能是议会或者政府的成员,因为这会妨碍其独立性;总统不能同时担任医院或者内阁成员,因为这会影响一个虚位总统的政治超脱性;联邦议会的议员不能同时担任联邦参议院议员,因为这会妨碍参议院补充和审查联邦议会立法的功能。

〔74〕 Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S.549.

〔75〕 杨利敏:“论现代政府体系的理性”,《学习与探索》2012年第10期,第43页。

〔76〕 彭真,见前注〔41〕,第567页。

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”，并在第62条和第67条以“基本法律”和“其他法律”将国家立法权在全国人大和全国人大常委会之间进行了分工。^{〔77〕}该改变主要是基于这样的考虑：行使立法权的机关必须经常或者长期开会，“人大要成为真正工作的机关，就应该增加每年开会的次数”“人大会议期应该更长些，每次会议开3至5个月的时间”。^{〔78〕}然而，全国人大有近3000名代表，经常或者长期开会不可能，而“常委会组成的人数较少，易于集会，便于深入讨论问题”。^{〔79〕}因此，在立法权等职权的分配上加强全国人大常委会。这种权力分工完全是功能主义的——正是因为全国人大常委会在人员组成（人数较少）和活动程序（易于集会）上的功能优势，使得其适合承担国家立法的任务。从“功能——机关”的维度分析，这体现的是以机关结构决定其职权归属，这在全国人大与其常委会的分工上体现得尤为明显。而从国家立法的实践情况看，全国人大常委会立法的数量和对社会生活的“规范密度”都高于全国人大立法，^{〔80〕}也体现了全国人大常委会的功能优势。^{〔81〕}

类似地，全国人大常委会在组织建设上的强化，也体现了功能主义的权力配置考量。这一点可以从“功能——机关”维度结合四点具体制度分析：①兼职禁止。《宪法》第65条规定全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。“做出这样的限制性规定，使全国人大常委会组成人员可以把全部精力集中到全国人大常委会的工作中来”，^{〔82〕}也就是要通过人员的专门化，来保证职权的落实。②委员专职化。对于兼职禁止，彭真进一步阐释说：“实际上将有相当数量的委员是专职的”。^{〔83〕}近年来，加强全国人大常委会职权的重要做法就是更多的委员专职化。③加强委员长的功能。宪法规定委员长主持全国人大常委会的工作，召集常委会会议。此外还组成委员长会议，处理常委会的日常事务。这样规定的考虑是：“有利于常委会既能保证决策正确，又可以加强领导责任，提高工作效率”。^{〔84〕}④设立专门委员会，并规定全国人大闭会期间，专门委员会接受全国人大常委会的领导。这样就保证了常委会的日常事务有组织机构来承担。而专门委员会的组织，“是从全国人民代表大

〔77〕 参见韩大元、刘松山：“宪法文本中‘基本法律’的实证分析”，《法学》2003年第4期，第3—15页；林彦：“基本法律修改权失范及原因探析”，《法学》2002年第7期，第22—27页。但这里也要警惕对全国人大最高国家权力机关地位的削弱。参见韩大元：“论全国人民代表大会之宪法地位”，《法学评论》2013年第6期，第3—17页。

〔78〕 许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第819页。

〔79〕 同上注。

〔80〕 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180—186页。（该部分由杜强强撰写）

〔81〕 但是必须注意，功能适当原则的运用不能违反宪法已经以明确规则做出的权力分工。特别是，宪法赋予全国人大的职权，不能基于工作上的便利等理由而被全国人大常委会僭越。参见韩大元等，见前注〔77〕，第3—15页。

〔82〕 许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第818页。

〔83〕 彭真，见前注〔41〕，第567页。

〔84〕 许崇德，见前注〔82〕，第818页。

会代表中选举一部分代表,按专业分工组织起来,完成全国人民代表大会或者全国人大常委会所交给的工作任务”;〔85〕“专门委员会在平时就可以和国务院等机关经常接触,了解情况,调查研究,向全国人大及其常委会提出意见”,这是为了“很好地行使最高国家权力机关的监督权”。〔86〕 这几点是在机构的内部组织、人员、程序等方面做出调整,以适应宪法分配给它的相应职能,其设计思路也在于“功能适当性”。〔87〕

2. 国家主席的恢复设置及其外交职能

恢复设立国家主席,是1982年《宪法》在国家机构上的另一重要变化。〔88〕 其间起决定性作用的,也是功能性考量:“建国以来的实践证明,设立国家主席对健全国家体制是必要的,也比较符合我国各族人民的习惯和愿望”。〔89〕 对国家主席制度深有研究,并从学理上为恢复设立国家主席做过论证的许崇德教授指出:“中央政权的组织应该有很好的分工,以便各司其职,发挥作用,增强效能。如果不设主席,那么本应由主席承担的许多工作势必要由国务总理或者全国人大常委会委员长负担,这是很不适宜的。所以设置国家主席,有利于国家机关之间的分工”。〔90〕 也就是说,从职能分担的角度,设立国家主席是必要的。在1982年《宪法》起草当时,恢复设立国家主席的一个重要考虑是外交职能的承担。另一位参加了1982年《宪法》起草的宪法学家廉希圣教授回忆:

我在秘书处工作的时候,外交部强烈主张恢复设立国家主席。因为在外交礼仪上没有国家元首不好办。比如说,来一个外国总统,谁去接待?全国人大常委会委员长去接待,咱们认为是国家领导人,可以接待,或者国家总理也行。如果人家挑刺,就有些问题,全国人大常委会委员长在中国看是国家领导人,在他们来看,无非就是一国的议会议长,地位不对等。另外还有一些职权的行使,也不太适合,比如接受外国使节呈递国书。〔91〕

这些材料表明,正是出于外交职能(特别是其中的礼仪性职能)不适合其他机关和人员来承担的考虑,〔92〕决策者才最终克服1975年《宪法》取消国家主席的制度惯性,恢复设置了这

〔85〕 许崇德,见前注〔82〕,第820页。

〔86〕 肖蔚云,见前注〔51〕,第67页。

〔87〕 与全国人大常委会通过组织建设来适应职能需求一样,“全国人大职权行使的有效性”同样需要进行机构和人员上的调整。参见韩大元:“论全国人民代表大会之宪法地位”,《法学评论》2013年第6期,第17页。

〔88〕 关于我国国家主席的变迁,除许崇德教授的著作外,还可参见马岭:“我国国家主席制度的规范与实践”,《法学》2014年第4期,第3—11页;江登琴:“规范与现实之间:自1982年宪法以来国家主席制度的发展”,载《中国宪法年刊》(2011),法律出版社2013年版。

〔89〕 彭真,见前注〔41〕,第567页。

〔90〕 许崇德,见前注〔47〕,第215页。

〔91〕 “寻访1982年宪法起草者:廉希圣教授的宪法回忆录”,载法治政府网, <http://fzzfyjy.cupl.edu.cn/info/1038/1560.htm>,最后访问日期:2017年7月30日。

〔92〕 1972年2月24日报纸发布代理主席董必武致电科威特国家元首祝贺国庆的消息。(许崇德,见前注〔43〕,第181页)。在主席缺位情况下,由第二副主席代行外交礼仪职权,也说明了国家主席在国家外交功能中的不可或缺。

一职位。

同样的,2004年《宪法》修改,在国家主席职权中增加“进行国事活动”也遵循了功能主义的原理。为适应国际舞台“元首外交”实践的需求,我国国家主席更多承担外交职能,开展外交活动。^{〔93〕}到2004年修宪时,对国家的外交职权又进行了新的分配。“作这样的规定,主要的考虑是:当今世界,元首外交是国际交往中的一种重要形式,需要在宪法中对此留有空间”。^{〔94〕}国家主席因其功能上的优势,被赋予了超越1982年《宪法》原初规定的新职能。

3. 总理负责制与国务院会议制度的发展

1982年《宪法》第86条规定:“国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制”。这一变化也是要通过改变国务院的组织方式和决策程序,使其适合于承担最高国家行政机关的职能。我国国务院的组织体制长期是“部长会议制”,是一种集体领导的形式。^{〔95〕}虽然1954年《宪法》第50条也规定了“总理领导国务院的工作,主持国务院会议”,但“只是表明集体领导要有一个头来主持”。^{〔96〕}按照1954年《国务院组织法》第5条,国务院发布决议和命令必须经全体会议或者常务会议通过,这显然是集体负责制。在1982年《宪法》起草时,人们已经充分认识到其中的弊端。在《党和国家领导制度的改革》中,邓小平指出官僚主义的无人负责、忙于请示汇报、忙于批转文件、互相推诿、争权夺利、扯皮等等问题,都与长期缺少严格的“个人负责制”有关。^{〔97〕}首长负责制则“克服了可能发生的领导分散的弊病,使号令归于统一,从而避免了行政效率的弱化”。^{〔98〕}行政机关作为法律的执行机关,相比立法和司法职能,必须是迅捷高效的。而行政机关采首长负责制,而非集体领导体制,个人决策而非少数服从多数,就是为了保证行政的效率。其背后的考虑仍然是功能主义的——机关组织和决策方式,必须适应其所承担的国家功能。

这一点,在国务院的会议制度上表现非常明显。国务院有全体会议和常务会议两种主要会议形式。根据贾圣真博士的研究,在1954年《宪法》下,国务院全体会议居于核心地位,常务会议只具有辅助性,这种状况是与“集体负责制”相适应的,因为全体会议具有更强的民主正当性。而在1982年《宪法》的“总理负责制”下,国务院全体会议开会频率不断降低、承担的任务不断减少、会议议题日益形式化、符号化。常务会议的发展趋势却相反,日益成为了国务院议事决策的核心。这种变化的原因在于:“根据‘控制幅度’理论,一个主管所能指挥监督的部属

〔93〕 参见韩大元,见前注〔80〕,第192页;孙如意:“宪法上‘国事活动’的涵义与监督”,《政治与法律》2016年第10期,第61—73页。

〔94〕 王兆国:《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》,第十届全国人民代表大会第二次会议,2004年3月8日。

〔95〕 参见许崇德,见前注〔78〕,第828页。

〔96〕 许崇德,见前注〔78〕,第828页。

〔97〕 参见邓小平,见前注〔39〕,第475页。

〔98〕 许崇德,见前注〔78〕,第829页。

数目是有一定限度的,超过了这个限度,不但不能充分管理部属,部属也会感到不满,于是在工作的推行上会招致许多障碍。国务院常务会议的优势在于其削减了总理的控制幅度,从而有利于实现总理对国务院的更有效的领导。”^[99]这里的制度逻辑正是功能主义的:执行性的职能,必须配置给组织方式是首长负责制的行政机关。行政机关的内部组织和决策程序,则要适应由首长个人决策、个人负责的体制。所有的制度安排,都围绕行政权的最优化行使而展开。

4. 最高权力机关的“兜底职权”

1982年《宪法》第62条第15项关于全国人大的职权的兜底规定也在相当程度上体现了功能主义的思路。1982年《宪法》的相关表述是“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”,1954和1978年《宪法》则表述为:“全国人民代表大会认为应当由它行使的其他职权”。不难看出,“其他职权”的认定标准从主观标准转向客观标准。“认为应当”似乎意味着全国人大可以基于自己的决断行使一切国家职权,而“应当”则不同。在笔者看来,“应当”有两个层次的规范含义:

(1)对于已经由宪法分配给其他机关的国家权力,全国人大不可以越权代行。“全国人大虽然拥有最高国家权力,是修改宪法、制定和修改法律的机关,但宪法和法律一经制定出来,在未被修改以前,全国人大自己也应当遵守,而不能想怎么做就怎么做,宪法改写了这一款是完全必要的。”^[100]这种理解一方面意味着对“议行合一”的彻底否定,另一方面也彰显了最高权力也要受宪法和法律约束的法治原则。同时,这一改变还有这样的规范内涵:宪法已经将不同国家功能配置给了适合承担该功能的机构,全国人大纵使作为最高国家权力机关,其组织、人员和程序等方面的特点也决定了它不适合去行使其他的国家权力。这里涉及前面提到的几个“最高”国家机关的关系问题。作为“最高国家权力机关”的全国人大、作为“最高国家行政机关”的国务院、最高人民法院、最高人民检察院,这是宪法直接以“最高”来修饰的四个机关。这意味着,宪法已经对最高的行政权、审判权、法律监督权做出了分配,“这种定位给予‘一府两院’在各自相对封闭的权力体系内最高的决策权威……人大的监督权并不意味着人大可以代行‘一府两院’的职权,或者任意改变‘一府两院’的决定”。^[101]全国人大虽然贵为“最高国家权力机关”,但地位的尊崇并不意味着其可以逾越宪法已然做出的权力分工。^[102]

(2)全国人大能够行使的“其他职权”,只能是基于其功能适合由其行使的职权。“应当由最高国家权力机关行使”意味着只有具有全局性和极端重要性,并且不属于《宪法》第62条前14项所列举的事项,才应该由全国人大行使。这是基于全国人大的地位、组织方式和工作程序等决定的,是一个功能适当性的标准。因此,这一兜底条款,绝不可以成为全国人大任意作为的依据。

上述四个例证,都是1982年《宪法》在国家机构规定上的重大、根本性的变革,与本文第三

[99] 贾圣真:“国务院会议制度变迁探析——组织法视角下的观察”,载《第四届“〈宪法〉释义与国家机构现代化”学术研讨会论文集》,第158页。

[100] 肖蔚云,见前注[51],第151页。

[101] 林彦:“从‘一府两院’制的四元结构论国家监察体制改革的合宪性路径”,《法学评论》2017年第3期,第164页。

[102] 这里涉及功能适当原则与法治原则的关系,限于篇幅,另文处理。Vgl., Hesse a.a.O., S.215.

部分所分析的民主集中制从“一律”到“原则”的转变,构成了理解我国现行宪法下国家权力配置原理的关键框架。从中不难看出,正是基于对民主集中制追求“国家效能”和国家决策“正确性”的基本定位,1982年《宪法》对于国家权力的划分、分工以及各个机关内部的组织、人员、程序的相应规定,都是基于“功能适当性”的考量的。基于1982年《宪法》中的这些规范变迁,在“功能——机关”维度,笔者认为可以进一步归纳概括出两个层面的规范教义:

(1)以机关结构决定职权归属。这意味着,当某国家职能要分配时,要分析哪个机关在组织、结构、程序、人员上具有优势,以将这一国家任务与权限分配给功能最适的机关(最有可能做出正确决定的机关);

(2)因应职权需要调整组织结构。这意味着,如果宪法将某个国家职能分配给某个机关,那么这个机关就应在组织、结构、程序、人员上不断演进,以符合履行此项职能的功能要求,使自己成为完成此项职权的功能最适机关。

综上所述,基于1982年《宪法》第3条规定的“民主集中制原则”以及其他国家机构规范,不难梳理出这样的逻辑脉络:“民主集中制——正确性——功能适当”。由此,我国宪法上的民主集中制原则可以摆脱空洞、模糊、缺乏规范性的理论形象,其规范内涵得以明晰和充实。在规范内涵得到有效填充后,它作为国家机构组织原则的规范地位才能被最终确立。

五、功能主义原理的应用

上述对“民主集中制原则”的功能主义解释,不仅是对我国宪法规范及其实施的描述,同时更是规范性陈述。换言之,我国政治法律生活中的与权限划分、机构组织、人员配备、程序安排有关的一切事项,都应当在“功能适当”这一民主集中制的实质内涵下加以分析,并作出合宪性的规范判断。限于篇幅,下文将选择我国法治实践中的四个议题做简要分析,来展示如何运用1982年《宪法》所确立的功能主义的国家组织和运作的原则和规则对之后众多制度的建构进行规范性评价。

(一)行政诉讼的制度逻辑

1982年《宪法》规定“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”,但对法院审判职能的范围并无规定,也没有关于行政审判职权的规定。此前,1979年的《人民法院组织法》将法院的任务现定于“审判刑事和民事案件”。因此,1989年的《行政诉讼法》是创设了一项新的国家职权“行政案件审判权”,并将其配置给人民法院。这是在1982年《宪法》下的一次“国家权力的横向分配”,“立法者清醒意识到行政诉讼制度的确立实际上对司法权与行政权之间的关系进行了重新的配置和调整”。^[103]那么,这一权力配置调整的考量因素是什么?对此,立法者的说明是:“行政诉讼法的制定,对于贯彻执行宪法和党的十三大报告提出的保障公民合法权益的原则,对于维护和促进行政机关依法行使行政职权,改进和提高行政工作,都有重要的积

^[103] 林彦:“通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争”,《清华法学》2013年第2期,第41—42页。

极的意义。”^{〔104〕}显然,这次权力配置是以行政职权行使的“正确性”为目标的。

与此类似,行政诉讼法的具体制度设计也以功能适当为考量因素,尤其体现了“以机关结构决定职权归属”的教义。例如,规定只对行政行为的合法性进行审查,“至于行政机关在法律、法规规定范围内作出的具体行政行为是否适当,原则上应由行政复议处理,人民法院不能代替行政机关作出决定”。^{〔105〕}这里体现的也是功能主义的分权观,即行政机关具有功能优势的事项,属于“行政的固有领域”的事项,就由行政机关来决定,法院无此“功能适当性”,就应该保持谦抑、回避审查。在当代的行政裁量理论中,对此问题的理解更为精细,功能主义的行政裁量论“完全从什么适合行政机关判断,什么适合法院判断,从功能主义进行区分,实体性判断专属于行政机关,而程序上的控制则交给法院。”^{〔106〕}又如,行政诉讼法规定了不予受理的案件,目的是“为了保障行政机关有效地行使行政职权”,同样是认为对于这些事项,法院缺乏功能优势,或者在性质上由行政机关决策更能保证国家职能的正确实现。

(二)审判独立的制度安排:个案监督、担任人大常委的律师

《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这一规定并没有排除人大及其常委会对法院的监督。人大如何监督法院,实践中多有探索。其中的制度建构和废止,也应符合功能适当的标准。这里以个案监督、对担任人大常委会成员的律师的从业限制和法院向人大做工作报告为例,加以说明。

1. 个案监督

上世纪八十年代,地方人大开始探索对法院具体案件审理的监督,积累了不少案例,并形成了若干规范性文件。但在《各级人民代表大会常务委员会监督法》的起草过程中,是否纳入个案监督却成为困扰。在多个草案有所规定的情况下,最终出台的《监督法》却排除了个案监督,原因在于很多人认为这是人大在“代行审判权”。^{〔107〕}人大的组织方式、人员构成和专业能力,都决定了其无能力行使个案审判权,勉强进行个案监督必然导致不正确的案件判断。正如前文引述的彭真的说法,人大常委会把审判权拿回来,管不了也管不好。《监督法》放弃规定个案监督,符合“以机关结构决定职权归属”的功能主义原理。

2. 《律师法》对担任人大常委会成员的律师的从业限制

我国《宪法》第65条和103条规定各级人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。如前文所述,这本身就是功能主义的考虑,一方面让人大常委会成员能够专注于常委会工作,另一方面从人员角度保证常委会对一府两院的监督权的正确行使。在《律师法》的起草过程中,却出现了如下问题:如果律师担任人大常委会成员,在执业上是否应受以限制?这涉及到作为人大常委会成员的律师在其职业身份与检察院和法院存在利益对

〔104〕 王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》,第七届全国人民代表大会第二次会议,1989年3月28日。

〔105〕 同上注。

〔106〕 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77页。

〔107〕 林彦,见前注〔103〕,第44—45页。

立或者关联的情况下,如何保证其正确参与行使人大常委会的监督权。经过慎重考虑后,《律师法》最终规定:“律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的,任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。”这样就“在人大常委会与人民法院之间构筑起组织绝缘体,杜绝人大常委会组成人员不当干预司法的可能性”。^[108] 这是从功能主义出发,在人员安排方面“因应职权职权需要调整组织结构”,保证人大常委会监督权的正确行使。

(三)法律解释:从立法解释到指导案例

在我国国家权力的配置问题上,法律解释权的归属极具学理研究价值。1982年《宪法》第67条规定了全国人大常委会解释法律的职权。但是,全国人大常委会在1955年和1981年的两个关于法律解释的决议,又将法律解释权也配置给其他机关,特别是最高法院。^[109] “把法律解释单列为一种权力,并在不同的国家机关之间对这种权力进行分配,构成了中国的法律解释体制。”^[110] 人们习惯将全国人大常委会的解释称为“立法解释”,将最高法院进行的解释称为“司法解释”。实践中,立法解释非常少见,并与全国人大常委会的立法功能发生混淆,而司法解释却极为频繁,形式也非常多样。近年来,又出现了与法律解释职能密切相关的案例指导制度。稍加分析,不难发现:从立法解释到司法解释再到指导案例,其中的制度逻辑恰恰是功能适当。而法律解释制度的未来发展,也应该按照功能适当原则进行设计。

我国的立法解释制度,从一开始就饱受诟病。^[111] 其原因在于:全国人大常委会的组织、人员、程序,都是按照立法功能设置的。法律解释被认为与法院裁判中的法律适用密切相关,是适用法律的前提,与法律适用是一体两面。由于功能不适当,全国人大常委会很难做出最优化的法律解释,勉强为之,也往往与其立法功能,特别是对原有立法的修改和补充功能混淆。在此意义上,将法律解释职能配置给作为审判机关的最高法院是合理的。

但是,最高法院的法律解释权的行使,也存在着“功能适当性”方面的瑕疵。核心问题在于,我国的司法解释是“抽象性”的,其功能更像立法而非司法。我国学者对司法解释的性质界定,包括“准立法说”“司法立法说”“习惯法说”“授权立法说”“候补立法说”等,^[112] 都说明其具有非司法性。最高法院作为审判机关,其在组织、人员、程序等方面也不适宜进行具有民主性、政治性的抽象规则制定活动。2007年,最高法院发布《关于司法解释工作的规定》,并规定“公民动议司法解释立项”和“公开征求意见”的机制,就是试图在民主性、政治性的层面补充其功能的不足。然而,这种功能补足却与其审判机关的功能定位南辕北辙。因此,沈岷教授认为,

[108] 林彦,见前注[103],第44页。

[109] 分别是《全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议》(1955年6月23日全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过),《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》(1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过)。需要注意的是,1955年是授权给“最高人民法院审判委员会”。

[110] 张志铭:“关于中国法律解释体制的思考”,《中国社会科学》1997年第2期,第100页。

[111] 参见袁吉亮:“论立法解释制度之非”,《中国法学》1994年第4期,第24—29页;陈斯喜:“论立法解释制度的是与非及其他”,《中国法学》1998年第3期,第63—70页。

[112] 胡岩:“司法解释的前生后世”,《政法论坛》2015年第3期,第39页。

应该“在有限范围内保留抽象司法解释,努力改革具体司法解释的内容、形式和相关制度,扩大具体司法解释适用的情形,让两种解释模式共存和竞争,以待未来的发展和选择”。^{〔113〕} 陈甦教授认为,要保证司法解释的质量,“须强调基于审判经验启动具体的司法解释的形成过程,以顺应立法政策作为具体司法解释的政策取向原则,以实现法律的技术完善作为具体司法解释的建构重心。”^{〔114〕}这实际上都是主张落实司法解释的具体案件取向。其背后的原因在于针对具体案件作出判断才是法院的功能优势之所在。

在此意义上,案例指导制度的出台,就是通过工作方式改革进一步贴合功能主义原理的努力。王利明教授认为:“指导性案例是弥补司法解释的不足,并配合司法解释发挥作用的重要措施”,而“具有具体针对性”正是其功能优势所在,“司法解释通常不是基于解决个案问题制定的,而是基于法律模糊或者缺陷等普遍性问题制定的。所以司法解释在制定后,法官常常仍不能获得非常具体化的解释,在具体案件中甚至需要对司法解释进行再解释”。^{〔115〕}这就说明了案例指导制度是向着“法律解释应与个案裁判结合”的方向发展的。但是,由于这一制度未能最终落实法律解释权与个案审判权的直接关联,其效果尚无法令人满意。张双根教授在对一个指导性案例的引用情况进行了实证分析后认为,指导案例的地位“几与理论学说相当”,功能发挥不能令人满意。^{〔116〕}对于案例指导制度的未来发展,有人主张将案例发布权下放给高院甚至中院,并伴随“加强配套司法技术的训练”。^{〔117〕}还有学者认为改革出路是“培养一线法官的解释能力”。^{〔118〕}这些主张其实都指向将法律解释权最终配置给具有专业法律能力、能熟练掌握运用法律解释方法的法官。以最适合做出决定的人员来承担国家职权,也是功能适当原则的基本要求。

由此,我们可以看出,功能主义的国家权力配置原理,不仅内在包含于我国1982年《宪法》的国家机构规范中,也在实践中隐微地发挥着规范性的作用。某种意义上,走向国家权力配置的“功能适当性”,构成了我国国家机构相关实践发展的内在逻辑。

六、代结语:中国国家机构释义学的展开

习近平同志指出:“设计和发展国家政治制度,必须注重历史和现实、理论和实践、形式和内容有机统一。要坚持从国情出发、从实际出发,既要把握长期形成的历史传承,又要把握走

〔113〕 沈岿:“司法解释的‘民主化’和最高法院的政治功能”,《中国社会科学》2008年第1期,第101页。

〔114〕 陈甦:“司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例”,《法学研究》2012年第2期,第3页。

〔115〕 王利明:“我国案例指导制度若干问题研究”,《法学》2012年第1期,第73页。

〔116〕 张双根:“指导案例制度的功能及其限度——以指导案例8号的引用情况为分析样本”,《清华法学》2017年第3期,第150页。

〔117〕 林维:“刑事案例指导制度:价值、困境与完善”,《中外法学》2013年第3期,第499页。

〔118〕 周光权:“判决充分说理与刑事指导案例制度”,《法律适用》2013年第9期,第2页。

过的发展道路、积累的政治经验、形成的政治原则,还要把握现实要求、着眼解决现实问题”。^[119] 功能主义的国家权力配置观以国家的效能和治理能力为目标,强调将权力配置给在组织、结构、程序、人员上最具优势、最有可能做出正确决定的机关,同时要求承担某项国家权力的机关,在组织、结构、程序、人员上相应调整以适应职能。这一原理与我国宪法规定的民主集中制原则对于国家权力行使的“正确性”要求完全契合,也符合我国的实践经验。在“议行合一”淡出理论话语之后,我们缺乏关于国家机构组织原则的规范性理论,宪法规定的民主集中制原则的规范内涵也亟待补充和发展。用“功能适当性”来充实民主集中制原则的内涵,补强其精确性和规范性,有助于对未来的国家组织建设形成规范指引。

通过对民主集中制原则的功能主义解释,可以规范和指引我国国家职权配置与机构改革中的众多问题。除了前文所列举分析的若干制度,从前述功能主义的权力配置原则的正反面出发,还可以处理我国实践中的众多问题。例如,在分析民事审判权与民事执行权的分离、^[120]《看守所法》修改中的核心争议“羁侦分离”、风险规制中的权力配置、^[121]自然资源国家所有权的行使主体^[122]等问题时,可以从“以机关结构决定职权归属”这一规范原理出发,思考被争议的权力究竟归属于哪个机构方能充分实现该项职能的最优化。在分析行政复议机关的司法化构造、全国人大常委会的专职化、司法体制改革中“确保人民法院依法独立公正行使审判权”的各种措施(省级以下法院人财物统一管理、领导干部干预司法活动的记录和通报、法官的身份保障)^[123]等问题时,也可以从“因应职权需要调整组织结构”的原理出发,认识到为了实现某项功能,应当调整承担该功能的机构组织方式、活动方式、人员构成、程序设置,等等。在此意义上,对于“民主集中制”原则的功能主义解释,也具有了从整体上辐射宪法中的国家机构规范及其实践的意义。

在此种规范阐释、理论建构和实践应用的基础上,可以期待形成中国宪法下国家机构释义学的精密体系。我国宪法学过去若干年的发展,国家机构研究相对薄弱,已经不能适应国家治理现代化的需求。“我们就是在不折不扣贯彻着以宪法为核心的依宪治国、依宪执政,我们依据的是中华人民共和国宪法。”^[124] 以一种法释义学的视角,从国家机构组织的原则规范开始,对宪法与组织法进行规范性描述,建构法学的概念与学说体系,并提供对实践中国家机构

[119] 习近平,见前注[61],第285页。

[120] 参见肖建国:“民事审判权与执行权的分离研究”,《法制与社会发展》2016年第2期,第39—49页;季卫东:“重新定位执行权”,《中国法律评论》2017年第3期,第48—53页。

[121] 参见王贵松:“风险行政的组织法构造”,《法商研究》2016年第6期,第13—23页。

[122] 参见林彦:“自然资源国家所有权的行使主体——以立法为中心的考察”,《交大法学》2015年第2期,第24—33页。

[123] 参见中华人民共和国最高人民法院:《中国法院的司法改革(2013—2016)》,人民法院出版社2017年版,第9—13页。

[124] 习近平:“领导干部要做尊法学法守法用法的模范”,载《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版,第128页。

相关问题的解决方案,是中国宪法学在新时代必须完成的专业任务。^[125] 本文以功能主义的进路解释民主集中制,是此种国家机构释义学工作的初步尝试,也是尝试回应国家治理体系和治理能力现代化的时代命题。

Abstract: A formalist understanding of the “separation” or the “intermixture” of powers has proved inadequate to explain how state power is/should be distributed. The revision of democratic centralism from an absolute to a relative principle in the 1982 Constitution created a new possibility to reinterpret the fundamental organizational principle for the Chinese constitutional order. More specifically, this means that, as pointed out by Deng Xiaoping, Peng Zhen and other constitutional designers, the “correctness of the exercise of state power” has become the substantive standard for power allocation. Instead of insisting on the rigid dichotomy between united and separated powers, such a functional principle focuses on state effectiveness and governance capability; it requires various state functions be assigned to those institutions which dispose of the best organizational, structural, procedural and personnel capacities. This functional rationale of power distribution implicitly underpins the 1982 Constitution, which can be exemplified by several institutional developments in the Chinese constitution, such as the strengthening of the role of the Standing Committee of the National People’s Congress, the restoration of the office of President (Chairman) in the 1982 Constitution and the expansion of presidential power in diplomatic affairs, etc. To characterize the relations between “function” and “institution”, the functional principle of power allocation can be summarized as two normative desiderata: (a) to assign powers and functions according to the structure of each institution; (b) to adjust the organizational structure of each institution according to its powers and functions assigned. Such a normative rationale will substantiate the constitutional principle of democratic centralism, further generating criteria to resolve the many practical disputes regarding organizational matters. Based on this functional principle, we can eventually build up the constitutional dogmatics in the field of state organization law.

Key Words: State Organization; Democratic Centralism; Governance Capability; Functional Suitability (Funktionsgerechtigkeit)

(责任编辑:彭 鐸)

[125] 参见张翔:“中国国家机构教义学的展开”,《中国法律评论》2018年第1期,第23—31页。