

论组织性法律保留

王 锴*

摘 要 与宪法采取了多层级的组织性法律保留不同,《立法法》第8条第2项对各级人大、政府、法院、检察院的产生、组织和职权统统实行了法律保留。《立法法》与宪法的不一致说明,组织性法律保留需要与宪法保留、行政保留、司法保留等进行协调,从而合理界定组织性法律保留的范围。对于产生,最高国家机关的产生应当实行宪法保留。对于职权,现行宪法对全国人大及其常委会、国务院的职权实行了宪法保留,检察机关基于其法律监督机关的定位,其职权同时实行宪法保留和法律保留。对于组织,我国立法上的组织倾向于对内组织,但对内组织属于各个国家机关的组织权的范畴,除了立法机关外,其他国家机关的对内组织实行法律保留是不现实的。

关键词 组织性法律保留 宪法保留 行政保留 司法保留 组织权

法律保留(Gesetzesvorbehalt)与“法律的保留”(Vorbehalt des Gesetzes)不同,前者仅指基本权利限制领域的法律保留,^[1]后者则不仅用于基本权利限制领域,还用在国家组织领域、财政预算领域乃至外交领域,^[2]涵盖了整个需要由最高代议机关的立法来规定的领域。

* 北京航空航天大学法学院教授。本文系国家社科基金重大研究专项“以法规备案审查制度彰显社会主义核心价值观研究”(项目编号:19VHJ015)和中国人民大学科学研究基金重大项目“我国合宪性审查体系:原理、制度与实践”(项目编号:18XNLG11)的阶段性成果。

[1] 参见王锴:“论法律保留与基本权利限制的关系——以刑法第54条的剥夺政治权利为例”,载张志铭主编:《师大学》(2017年第2辑),法律出版社2018年版,第79—80页。

[2] Vgl. Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Aufl., 2007, S. 200—201; Peter Lerche, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, 2009, S. 306.除了内容不同外,两者对于立法机关的约束程度是不同的。法律保留(或者基本权利的限制保留)旨在限制立法机关的权力,而法律的保留旨在加强立法机关的权力。Vgl. Michael Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 39 (1984), 687.

从我国《立法法》第8条所列举的保留事项来看,内容已经不限于基本权利限制,实际上属于“法律的保留”。“法律的保留”中一种很重要的保留形态就是对国家组织的法律保留。从我国宪法的规定来看,目前国家组织领域的法律保留主要有:①第78条,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的组织和工作程序由法律规定;②第86条第3款,国务院的组织由法律规定;③第95条第2款,地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定;④第95条第3款,自治机关的组织和工作根据宪法第三章第五节、第六节规定的基本原则由法律规定;⑤第124条第4款,监察委员会的组织 and 职权由法律规定;⑥第129条第3款,人民法院的组织由法律规定;⑦第135条第3款,人民检察院的组织由法律规定。上述规定可以分为四种情形:第一种是组织由法律规定,比如国务院、法院、检察院、地方各级人大和地方各级政府;第二种是组织和工作程序由法律规定,比如全国人大及其常委会;第三种是组织和工作由法律规定,比如民族自治地方的自治机关;第四种是组织和职权由法律规定,比如监察委员会。与宪法针对不同的国家组织规定了不同内容的法律保留有别,我国《立法法》第8条第2项则对几乎所有的国家组织实行了统一内容的法律保留,即“各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权”应当由法律规定。这一规定不仅与《宪法》第78条、第86条、第95条、第129条、第135条不尽一致,而且还多了一种宪法没有规定的保留内容,即“(组织的)产生由法律规定”。

组织性法律保留在宪法和《立法法》上的不一致不仅带来了理论上的困惑,而且在实践中也产生了一系列问题,从早年对设立开发区法院的质疑,^{〔3〕}到近来跨行政区划设立法院和检察院的设立依据问题,^{〔4〕}乃至监察体制改革中监察委员会的设立到底是由宪法规定还是由法律规定,^{〔5〕}都反映了对组织性法律保留理解的分歧。最近,莫纪宏教授也撰文指出,《人民检察院组织法》不应当规定检察院的职权,因为《宪法》第135条第3款只是对检察院的组织实行了法律保留,没有对检察院的职权实行法律保留。^{〔6〕}鉴于过去学界对法律保留主要聚焦于基本权利限制的法律保留,而对组织性法律保留的研究较少,^{〔7〕}笔者不揣浅陋,拟对其进行一番探讨。

〔3〕 刘松山:“开发区法院是违宪违法设立的审判机关”,《法学》2005年第5期,第29页。

〔4〕 翟国强:“跨行政区划人民法院如何设立?——一个宪法解释学的视角”,《法商研究》2016年第5期,第9页;程雪阳:“跨行政区划法院检察院改革的合宪性省思”,载中国人民大学法学院主办“国家机构组织法修改与完善”学术研讨会论文集(2018年12月),第49页。

〔5〕 马怀德、张瑜:“通过修法完善国家监察体制”,载《学习时报》2016年7月14日,第A4版。

〔6〕 莫纪宏:“论宪法保留原则在合宪性审查中的应用”,《法治现代化研究》2018年第5期,第13—17页;莫纪宏:“人民检察院组织法的合宪性辨析”,《江苏行政学院学报》2019年第3期,第125—131页。

〔7〕 据笔者所见,中文领域有关组织性法律保留的论文有黄锦堂:“论制度性法律保留——以部会及三级机关、机构之设置为中心”,《宪政时代》第37卷第3期,第315—365页;钱宁峰:“论法律保留原则在组织法领域中的适用”,《现代法治研究》2016年第2期,第23—31页;王晓强:“行政组织法律保留原则及其保留范围研究”,《河北法学》2019年第5期,第149—161页。

一、组织性法律保留的内涵

组织性法律保留又称为制度性法律保留(Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes),它处理的是何种情况下一个组织法上的决定需要最终由代议机关来做出的问题。^{〔8〕}讨论组织性法律保留的前提就是并不存在一个全面的组织性法律保留,否则就没有讨论的意义了,实际上组织性法律保留恰恰要探讨的是哪些领域的组织问题是不由法律规定的,是受到分权原则保障的自主领域,包括与行政有关的组织性法律保留和与司法有关的组织性法律保留。^{〔9〕}

关于组织性法律保留,长期以来存在两种相反的观点,一种认为组织不需要法律保留,从事物本质的角度,它应当属于行政机关的隐含性权力,^{〔10〕}另一种与之相反的观点认为由于国家组织的变动会影响公民的法律地位,所以组织原则上应当有法律基础。所谓行政机关的组织权,只有立法保持沉默或者明确委托给行政机关的时候才存在。这两种观点都过于极端:对于主张组织由组织自我决定而不实行法律保留的观点,忽视了不同政体中法律保留的意义是不同的。^{〔11〕}在总统制和半总统半议会制下,法律保留只是一种单纯的立法机关与其他机关之间分权的体现,而在议会内阁制和人民代表制下,法律保留带有立法机关控制和监督其他机关的意味。主张组织问题应当全部实行法律保留的观点,也必然面对规范泛滥(Normüberflutung)和规范赤字(Normdefizite)同时存在的现实难题。^{〔12〕}所以,问题不在于组织问题应否由代议机关决定,而在于代议机关决定的广度和深度在哪里。

(一)法律保留的界限

需要注意的是,法律保留并非一个放之四海而皆准的真理,而是具有极强的地域特色和法治文化背景。首先,它主要适用于议会内阁制和人民代表制政体,即行政由代议机关产生而非直接民选产生的体制。在总统制和半议会半总统制下,行政由于具有直接的民主正当性,并非完全唯“代议机关的法律”是瞻,行政的立法权也不是来自代议机关的委托或授权。^{〔13〕}即使

〔8〕 Christoph Ohler, Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), S.339.

〔9〕 Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., 2012, S. 615.

〔10〕 组织权的概念最初是针对行政机关,后来扩展到所有的宪法机关和自治组织(比如教会、乡镇、高校、社会保险主体、银行、职业机构等等)。Hermann Butzer, Zum Begriff der Organisationsgewalt: vom Hausgut der Exekutive zum Hausgut aller Verfassungsorgane und Autonomieträger?, Die Verwaltung 27 (1994), S.172-173.

〔11〕 黄舒芃,《民主国家的宪法及其守护者》,台湾地区元照出版公司2009年版,第31-32页。

〔12〕 规范泛滥是指随着法律保留事项的增多导致法律的数量越来越多,规范赤字是指由于法律保留的要求给国会带来沉重的立法压力,从而导致立法赶不上需求,出现某些领域“无法可依”的局面。Vgl. Fritz Ossenbühl, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Volkmar Götze u.a. (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9-12.

〔13〕 参见贾胜真:“总统立法——美国总统的‘行政命令’初探”,《行政法学研究》2016年第6期,第129-139页;徐正戎:《法国总统权限之研究》,台湾地区元照出版公司2002年版,第244-251页。

某些内容只能由法律来规定而不能由行政立法来规定,那也是基于宪法规定的分权原则而非基于法律的优越性。其次,在议会内阁制下,法律保留的程度也是不同的。比如同为议会内阁制的英国和德国,英国就不如德国那样强调法律保留(英国的委任立法不仅数量多,而且内容上几乎没有限制^[14])。有学者认为,这是因为普通法并没有将对人民的自由和财产的保护任务托付给立法机关,而是给了司法机关。这反映了英国式的 Rule of Law(法治)与德国式的 Rechtsstaat(法治国)的不同:德国法治国的核心是通过国会法律来保障人权,^[15]体现了对立法权的信任,而英国的法治更强调司法权对维护法治的重要性,甚至在某种程度上是对议会主权的制约。^[16]再次,即使是实质内容的民主正当性,除了可以通过事先的法律保留来“传递”,也可以通过事后向议会负责来实现。^[17]

早在 1979 年,德国联邦宪法法院就指出:不能从民主原则中就错误地推导出以全面的议会保留形式出现的权力垄断。^[18]换句话说,在基础性的决定上议会并不享有全面的优先。为什么呢?一方面,根据博肯福德的功能—制度民主正当性理论,行政作为一种独立的制度和功能是宪法所规定的,它在功能—制度上是立法无法取代的,或者说,它自宪法所获得的民主正当性与立法机关是相同的。另一方面,就组织—人事的民主正当性而言,虽然在议会内阁制下,议会是直接选举产生,政府是议会选举产生,但由于政府内阁成员由议员兼任,^[19]从而导致政府的核心——内阁实际上也是经过了选民的直接选举的,在组织—人事的民主正当性上并不弱于议会。^[20]所以,今天的法律保留更多是通过议会决定程序和行政决定程序的区别反映出来——相比行政,议会更适合从事更大的公开性和更好的利益平衡的事务。^[21]

1. 宪法保留

法律保留的优势主要在于代议机关相对于行政机关的优势,但是对于约束立法权的宪法来说,这种优势是不存在的,因为宪法的民主正当性要高于法律。对于某些事项,如果直接保留给宪法来规定,不仅增加了立法机关随意修改的难度,也降低了法律违宪的可能性,显然保

[14] (英)威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第十版),骆梅英等译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 653—654 页。

[15] 黄舒芃,见前注[11],第 15 页。

[16] 参见王锴:“政治宪法的源流——以英国法为中心”,载李林等主编:《中国宪法三十年(1982—2012)》,社会科学文献出版社 2012 年版,第 88—126 页。

[17] 参见陈征:“党政机关合并合署与行政活动的合法化水平”,《法学评论》2019 年第 3 期,第 30 页。

[18] BVerfGE 49, 89(125).

[19] 我国的人民代表大会制度中也存在国务院常务会议的成员(总理、副总理、国务委员、秘书长)由人大代表兼任,但国务院全体会议的成员却不一定是人大代表的现象,笔者将之称为“隐性的议行合一”,参见王锴:“论宪法上的首都”,《中国法律评论》2017 年第 6 期,第 164—165 页。

[20] 博肯福德将民主正当性分为功能—制度的民主正当性、组织—人事的民主正当性和实质内容的民主正当性,Vgl. Ernst—Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie; Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1992, S. 289ff.

[21] Philipp Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz: Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, 2017, S. 82.

障程度更高。所以,如果属于宪法保留的事项,就天然排除了法律保留的可能性(当然这不是说法律不能规定,而是说法律不能首先规定,法律即使规定也是对宪法相应条款的落实)。从国家组织的角度来说,尽管《立法法》将几乎所有国家机关(没有规定国家元首、军事机关和监察机关)的产生、组织和职权都纳入了法律保留的范围,但实际上,全国人大及其常委会、国务院的职权都是宪法直接规定的,《全国人大组织法》和《国务院组织法》对此并未置喙。

那么,到底是哪些因素决定了要实行宪法保留?学者将其归结为三个原因:①从宪法作为统治的构建进行论证。宪法作为政治权力和国家权力的基础、起始和秩序。它组织起国家权力,为其确定任务和义务,赋予其活动的权限和程序。宪法不仅仅是限制国家权力,而且要构建被限制的国家权力,以及在政治过程中去维护其功能和能力。统治构建成为宪法概念的组成要素意味着所有的国家权力都要首先通过宪法和基于宪法而建立。^[22]②从宪法的法典化进行论证。有观点认为,宪法不适合法典化。因为宪法通常产生于根本的变革(革命),这导致了制宪的时间非常短暂,宪法的内容不可能做到包罗万象。^[23]比如德国今天虽然有宪法典,但仍然保留了国家法(Staatsrecht)的概念去指代那些宪法典之外的宪法内容。我国也存在宪法典与宪法性法律的说法。其实,如果宪法真正实现法典化,那么散落在宪法典之外的宪法性法律存在的可能性是很小的。宪法典与宪法性法律的区分反映了形式意义的宪法和实质意义的宪法的不同,这一区分来自于耶林内克。他认为形式意义的宪法即宪法典,它具有最高性和难以修改性,而实质意义的宪法则是一些规定了国家最高机关、它们的产生方式、相互关系以及确定它们的作用范围和个人相对于国家权力的基本地位的普通法律。^[24]由此可见,组织法应当属于实质意义的宪法,而宪法保留中的“宪法”是指形式意义的宪法,宪法保留的问题就转化成了为什么某些内容要被宪法典化。这主要是为了法安定性,因为宪法典化后某些内容就不容易被立法者所修改。③人民主权的论证。从人民主权而非议会主权的角度,涉及共同体的重要事务就不应该由法律来决定,而应该保留给民主正当性更高的宪法。^[25]

有学者混淆了宪法保留与宪法规定,以为只要是宪法规定的就属于宪法保留,从而得出宪法保留的内容主要是基本权利和国家机构的结论。^[26]宪法保留不仅仅是宪法有规定,关键是宪法规定了具体内容。有时候,宪法的规定仅仅是“授权法律去规定”,这是法律保留而非宪法保留;有时候,宪法的规定很模糊,具体内容反而要依靠法律来形成,比如我国《宪法》第13条第1款,公民的合法的私有财产不受侵犯。这同样不是宪法保留,因为宪法保护的私有财产的范围是“合法”,即由法律来确定的。因此,宪法保留必然是个别的,而非普遍的。那么,国家组织到底是由宪法保留还是由法律保留更好呢?有学者指出最高国家机关的地位和权限应当

[22] Peter Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes: Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, 2002, S. 10.

[23] 参见(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20页。

[24] Stefan Pitzen, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 231-232.

[25] Pitzen, a.a.O., S. 266.

[26] 张峰振:“论宪法保留”,《政法论坛》2018年第4期,第35-44页。

保留给宪法来规定。^[27] 对此的批评在于有些机关,比如部委,不是宪法规定的;同时,有些隐含的权限是不成文的。所以宪法保留将导致权限的赤字和权力的瘫痪。^[28] 但是笔者认为,上述批评是站不住脚的。首先,正如区分制宪权和宪定权所呈现的,宪法保留从事的是国家权力的第一次分配,比如对国家权力是三分(大多数西方国家宪法)还是五分(比如《中华民国宪法》)甚至七分(比如我国目前的国家权力可以分为立法、行政、审判、检察、元首、军事、监察),这也是我国宪法学者坚持国家监察体制改革必须先修宪才能进行的原因。至于这些权力之下的二次分配(比如行政下再分审计、公安等),不适合由具有高度稳定性的宪法典来规定。也就是说,宪法保留的应当是最高国家机关的产生与职权,如果不是最高国家机关,比如部委,自然不需要宪法保留。其次,宪法对最高国家机关的职权的列举不可能穷尽,比如我国宪法在列举全国人大、全国人大常委会、国务院的职权时都用到“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”“全国人民代表大会授予的其他职权”“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权”这样的“兜底性条款”。但是,这不能成为反对该职权实行宪法保留的理由。因为“未列举”不等于“不确定或者模糊”。实际上,这些“未列举权力”一方面可以通过惯例来积累,^[29]另一方面也可以从该机关的性质中去排除。^[30] 再次,实行宪法保留的一个重要原因就是克服法律保留的“负面效应”。比如对立法机关的职权如果实行法律保留,那就等于让其自我设定职权,很难避免出现“自肥”的现象;如果对于国家主席的职权实行法律保留,又将面临国家主席不向全国人大及其常委会负责的“窘境”。^[31]

2. 行政保留

行政保留(Verwaltungsvorbehalt)的概念由学者考夫曼(Erich Kaufmann)创立,^[32]被用来描述行政权的核心领域(Kernbereich)。它的源头就是行政在宪法上具有独立的功能和地位,这一功能和地位是其他的权力分支——立法和司法所无法取代的。行政的独特性在于两点,一是灵活性,二是实践性。^[33] 对于前者,形式法律的固定性使得修改变得困难,而及时做出反应则是行政的能力;对于后者,由于执行需要满足特定的构成要件,因此行政机关的人员需要具备专业知识,以法律上允许的行为方式进行直接的、结合实际转化,因此行政的第二

[27] Josef Isensee, Vorbehalt der Verfassung: Das Grundgesetz als abschließende und als offene Norm, Freiheit und Eigentum: FS—Leisner, 1999, S. 393.

[28] Pitzén(Fn. 24), S. 109.

[29] 比如谭清值通过对全国人大的决定的梳理来发现其实际享有的职权。参见谭清值:“全国人大概括职权样态的实证考察”,《北京社会科学》2018年第7期,第12—23页。

[30] 比如黄明涛从全国人大的“最高国家权力机关”的性质中去推导哪些职权不属于“应当由其行使的权力”。参见黄明涛:“‘最高国家权力机关’的权力边界”,《中国法学》2019年第1期,第104—121页。

[31] 我国宪法之所以不规定国家主席向全国人大负责并报告工作,是因为“国家主席的地位崇高、权力较小、比较超脱”,所以“不负实际责任”。参见肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第169页。

[32] Rupert Stettner, Der Verwaltungsvorbehalt: Zum zweiten Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrertagung, DÖV 1984, S.611.

[33] Christoph Degenhart, Der Verwaltungsvorbehalt, NJW 1984, S.2188.

个特性就是贴近实践。^[34] 根据不同的政体,行政保留可以有不同程度的表现形式:在总统制和半总统制国家,行政保留体现为立法不得干预或者立法不得任意规范的自主空间,而在议会内阁制国家,行政保留体现为无需法律授权即可行为的自主空间。^[35]

行政保留首先要解决的就是行政与执政(Regierung)的区分问题,后者也被称为执政保留(Regierungsvorbehalt)。^[36] 执政通常被理解为国家的目标设定和领导,而行政更多是法律的执行。^[37] 过去一般认为区分行政与执政是行政权具有直接民主正当性的总统制或者半总统制国家的特例,因为在这些国家,总统是行政机关的首长或者双首长之一,同时总统经选民直接选举产生,所以他要向人民负责而非向国会负责。但实际上,行政与执政在议会内阁制国家也存在,比如德国联邦宪法法院就指出:在执行权范围内,还应该区分负责政治性形塑并对国会负责的政府,以及负有执行法律之义务的行政。^[38] 在日本,虽然1946年《宪法》第65条规定行政权属于内阁。但近年来也有学者对行政权的内涵仅包含法律执行提出质疑,更有学者以第65条的英文版本用的是“executive power”为依据指出内阁除法律执行外,更应包含执政的作用。^[39] 那么,为什么议会内阁制国家也要区分执政与行政?笔者认为,虽然议会内阁制中政府要向国会负责,但上述负责并不局限于法律责任(即法律执行的责任),也包括政治责任,^[40]比如接受质询、不信任投票等等。政治责任与其说是向国会承担,不如说是向选民承担。因为议员或者政党实际上是代表选民来问责,否则他们将面临被选民选票惩罚的政治后果。我国宪法上区分行政与执政的理由包括:①《宪法》第85条对国务院的定位用了两个表述,一是最高国家权力机关的执行机关,二是最高国家行政机关。这里显然区分了执行与行政。需要注意的是,这里的执行并非单纯的法律执行,也包括执政。^[41] ②对于行政机关的执政行为,我国《行政诉讼法》称之为“国家行为”。比如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第2条规定:《行政诉讼法》第13条第1项规定的“国家行为”,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国

[34] Meinhard Schröder, Der Verwaltungsvorbehalt, DVBL 1984, S.822.

[35] 廖元豪:“论我国宪法上之‘行政保留’——以行政、立法两权关系为中心”,《东吴法律学报》第12卷第1期,第26页。

[36] Stettner(Fn. 32), S. 615.

[37] Hartmut Maurer, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43(1984), S.152-153.

[38] 陈爱娥:“行政一体原则与行政分殊化的趋势——评司法院大法官释字第613号解释对行政一体原则的理解”,载《东吴公法论丛》(第二卷),台湾地区东吴大学法律系公法研究中心2008年版,第19页。

[39] 林孟楠:“宪法上‘行政’之概念——以日本学说为中心”,《中原财经法学》2017年总第39期,第19页。

[40] Nicholas Bamforth and Peter Leyland (ed.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford University Press, 2013, p. 7.

[41] 关于执行(execution)和行政(administration)的区分,参见马岭:“政府的执行性与行政性辨析”,《国家检察官学院学报》2011年第2期,第86-91页;张龔、叶一舟:“从‘executive’一词看香港行政长官的法律地位”,《港澳研究》2016年第2期,第22页;毕洪海:“美国执行一体论的源流、内容与未来”,《行政法学研究》2017年第4期,第126页。

防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态等行为。但实际上,行政机关的执政功能不限于国防和外交,从我国《宪法》第 89 条所列举的国务院职权来看,比如国务院向全国人大或者全国人大常委会提出议案、编制国民经济和社会发展规划和国家预算、批准省、自治区、直辖市的区域划分、批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分等,这些很难称得上是行政行为。^{〔42〕}《宪法》第 89 条明确区分了领导和管理,比如国务院领导和管理经济工作和城乡建设、生态文明建设、领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作、领导和管理民政、公安、司法行政等工作、领导和管理国防建设事业、领导和管理民族事务。这也是一个区分执政与行政的例证。^{〔42〕}一方面,执政主要表现为领导。领导最初是指一个独立的实体或者有机体在特定的条件下去决定自身永续发展的方式。如果用来国家层面,就是指确定国家发展的方向。^{〔43〕}所以领导首先意味着给定方向,诸如确定政策方针、提出立法动议、制定规划等等。其次,执政意义上的领导是针对国家整体,^{〔44〕}所以它不同于国家分支系统内部的领导,比如行政系统内部的领导、检察系统内部的领导等等。但是,国家的分支也可以进行执政意义上的领导,但必须以国家的名义进行。由此就可以理解为何国防部、外交部也能作出国家行为,因为它们是以国家的名义而非以自己的名义进行,是基于国家整体的利益而非本系统的利益。另一方面,从《国务院工作规则》来看,国务院的工作方式主要是全体会议和常务会议,这种以开会为主的工作方式决定了其不大可能主要从事具体的管理,而是决策。^{〔45〕}1982 年宪法以来,国务院的工作方式从全体会议转移到常务会议,实际上进一步强化了这种决策功能的行使。^{〔46〕}

目前关于行政保留的范围尚无一致的见解,比如学者施纳普认为行政权的核心领域包括组织权、事务领导权、人事权。^{〔47〕}廖元豪教授总结的行政保留包括国家对外事务、军事事务、高级或重要官员的任免、执行法律。^{〔48〕}但是上述观点有时混淆了行政与执政,比如事务领导权、国防和军事,显然均非行政的领域,而属于执政。相比之下,学者欧森布尔的观点更加切近行政灵活性和实践性的特征,他认为行政保留的内容包括:①自治权,这在地方自治以及学术自治领域体现得尤为明显;②执行权,行政的核心范围就是执行立法,包括解释权、裁量权和形成权;③组织权;④原生性的行政立法权,指行政机关无需形式法律的授权,就能制定对外发生效力的法律规范的权力;⑤补充权,如果法律存在漏洞,这时候行政机关就可以通过制定行政

〔42〕 门中敬教授将《宪法》第 89 条作为我国行政保留的规范依据,但可能会混淆其中的执政功能。参见门中敬:《行政保留研究》,中国社会科学出版社 2019 年版,第 142 页。

〔43〕 Georg Kassimatia, Der Bereich der Regierung, 1967, S. 30.

〔44〕 Kassimatia, a. a. O., S. 31.

〔45〕 根据《国务院工作规则》第 39 条,国务院全体会议的主要任务是:(一)讨论决定国务院工作中的重大事项;(二)部署国务院的重要工作。第 40 条规定国务院常务会议的主要任务是:(一)讨论决定国务院工作中的重要事项;(二)讨论法律草案、审议行政法规草案;(三)通报和讨论其他重要事项。

〔46〕 参见贾圣真:“国务院会议制度变迁的组织法透视”,《法治现代化研究》2020 年第 1 期,第 79—92 页。

〔47〕 Friedrich E. Schnapp, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43(1984), S. 192—197.

〔48〕 廖元豪,见前注〔35〕,第 27 页。

规则来补充。补充权往往出现在紧急状态下。^[49] 据此,学者将行政保留分为个案决定权的行政保留与规范制定权的行政保留。^[50]

我国的行政保留主要体现在:①组织权。根据《宪法》第89条第4、17项,国务院规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分,审定行政机构的编制。《国务院组织法》第11条也规定国务院可以根据工作需要和精简的原则,设立若干直属机构主管各项专门业务,设立若干办事机构协助总理办理专门事项。此外,《地方各级人大和地方各级政府组织法》第64条规定地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则,设立必要的工作部门。县级以上地方各级人民政府设立审计机关。省、自治区、直辖市的人民政府的厅、局、委员会等工作部门的设立、增加、减少或者合并,由本级人民政府报请国务院批准,并报本级人民代表大会常务委员会备案。自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的局、科等工作部门的设立、增加、减少或者合并,由本级人民政府报请上一级人民政府批准,并报本级人民代表大会常务委员会备案。第68条规定省、自治区的人民政府在必要的时候,经国务院批准,可以设立若干派出机关。县、自治县的人民政府在必要的时候,经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。②人事权。根据《宪法》第107条第1款,县级以上地方各级人民政府任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。③职权立法制定权。^[51] 这主要体现在:第一,职权性的行政法规,即《立法法》第65条规定行政法规可以就下列事项作出规定:《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权的事项;第二,职权性的地方政府规章,即《立法法》第82条第2款规定地方政府规章可以就下列事项作出规定:属于本行政区域的具体行政管理事项。④其他规范性文件制定权。除了职权立法外,宪法还允许行政机关制定非立法性的其他规范性文件。一是《宪法》第89条第1项允许国务院发布决定和命令,另一是《宪法》第107条第1款允许县级以上地方政府发布决定和命令。组织权和人事权属于个案决定权性质的行政保留,职权立法制定权和其他规范性文件制定权则属于规范制定权性质的行政保留。

(二)法律保留的标准

自从德国联邦宪法法院在1972年的“罪犯判决”中将重要性理论(Wesentlichkeitstheorie)作为法律保留的判断标准之后,关于该标准的争议就没有停息。重要性理论最初是要摆

[49] Ossenbühl(Fn. 12), S. 30-32.

[50] 参见陈淳文:“行政保留之比较研究——以半总统制之行政命令权为中心”,《中研院法学期刊》2012年第10期,第9页。

[51] 在我国,职权立法已经是不争的事实。据统计,国务院自1982年以来制定的行政法规中,执行性的行政法规只有256部,而职权性的行政法规则有313部。参见史倩倩:《职权立法辨析——以国务院行政法规为例》,北京航空航天大学法学院2018级本科毕业论文,第10页。当然,我国的职权立法无法按照总统制和半总统制国家基于行政权的直接民主正当性来证成,其理论基础应当是与法律保留“分庭抗礼”的行政保留。类似的观点参见许宗力:“职权命令是否还有明天?”,载台湾地区行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),台湾地区五南图书出版公司2000年版,第341页。当然,职权立法的存在并不意味着其不受控制,其仍然受到宪法的约束。

脱将法律保留的范围只局限在干预保留领域,因为干预不可能分为重要的干预和不重要的干预,只要与基本权利相关就意味着重要,因为关系到基本权利的实现。联邦宪法法院先后指出在学校课程引入性常识课、允许核能的民用以及引入私人广播电台的结构形成都属于重要的、需要由立法机关决定的事项。^[52]

然而,重要性理论的运用不仅没有缓解反而加重了规范泛滥和规范赤字的现象。一方面,重要性理论具有禁止议会向行政机关或者公法人授予立法权的效果,因为既然是重要的事项,就不应该由行政立法或者章程来规定。比如联邦宪法法院认为对执业医师资格的承认由医师公会的章程来规定是不应该的,同时也拒绝了政府的行政法规来调整退学问题。理由是上述规定都涉及到地位的形成,而这属于重要的事项。^[53]另一方面,重要性理论还具有控制法律内容的作用。因为对于重要的事项,代议机关就不能在法律中使用不确定法律概念和裁量规定,从而将决定权变相地委托给行政机关。就像德国联邦宪法法院所指出的,涉及的事务越重要,法律规定就必须越明确。^[54]也就是说,既然是重要的,那么立法机关就必须自己来规定而不能假手于人,同时,因为是重要的,所以立法机关不仅要规定,还要规定得具体。

鉴于上述问题,实际上,目前重要性理论由积极和消极两部分构成:①重要的包括与基本权利相关、受众范围庞大、长期有效、重大的财政影响、对国家结构的影响、对宪法的具体化、政治上的重要性或者争议性;②不重要的包括灵活调整的必要性、存在开放发展的事务、为了给议会减负、为了去中心化的调整和州之间的合作、扩大被调整对象的参与权、议会缺乏专门的知识。^[55]这么区分导致了重要性理论不仅作为判断哪些事项应当由法律来规定的标准,同时也为法律保留设定了界限。因为既然只有重要的事务需要法律来规定,那么不重要的事务就不是必须由法律来规定了。所以,重要性理论最终为其他保留的存在,比如行政保留和司法保留,提供了空间。

二、行政机关的组织权与组织性法律保留

诚如前述,与组织性法律保留相对立的一种观点是组织权理论。所谓组织权是指通过确定管辖权、相互联系以及内部秩序和通过人和事的配备来形成、设置、配置、废除、清理、改变行政主体、部门和其他行政单位的权力。^[56]传统上,组织权属于君主的家产

[52] BVerfGE 47, 34(78); 49, 89(126f.); 57, 250(320ff.).

[53] BVerfGE 33, 23(125); 58, 257(268ff.).

[54] BVerfGE 45, 400(418).

[55] Jürgen Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur Wesentlichkeitstheorie und zur Reichweitelegislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht, 1986, S. 249f., 276f.

[56] Günter Cornelius Burmeister, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Verwaltungsorganisationsrechts, 1991, S. 114.

(Hausgut),是其任命职位和荣誉身份的权力,与人事权不加区分。^[57]议会仅仅通过预算的同意权来加以限制。但是进入到人民主权时代之后,法律不仅是对国家权力的限制,也是其行使的必要基础,组织权表现为立法权的分支。但是,博肯福德反对以重要性理论为由将行政组织权交给法律保留,因为重要性理论与组织权的理论旨趣不同。前者要求即使不属于议会的权限范围的事务也要基于其重要性交给议会来决定。而组织权理论强调属于某种权力核心范围的事务就应该由该种权力自己来决定。组织权并不是形成政府权力的“独立王国”,因为它并不排斥议会的介入,但议会的介入是可以而非必须。议会的介入权是否行使以及在多大范围内行使,是一个涉及议会与政府关系的政治问题。一般来说,如果政府能够符合议会多数,议会将不行使或者迟延履行介入权,这是议会与政府之间的政治角力,甚至是议会内阁制乐于见到的。而将重要性理论用于组织权领域会直接导致议会与政府的关系陷入对立。^[58]说白了,组织权到底是采行政保留还是采法律保留,取决于组织权是否属于行政自负其责的核心领域。^[59]

德国法上的主流学说将组织权分为建制(Bildung)、设置(Errichtung)和配置(Einrichtung)三种内容。^[60]建制是指抽象地形成机关,就是去确定或者划分不同的机关。设置包括对外设置和对内设置,前者是指针对已经抽象形成的某个或者多个具体的机关,去确定它的事务管辖权、功能管辖权、级别管辖权和地域管辖权,后者是指确定机关的内部结构,即机关将管辖权分配给内部的委员会、部门和职位以及它们相互的关系、它们与机关的关系和在议事规则中规定内部程序。配置是指机关根据编制和符合预算的手段去配备人员、空间和财物。^[61]如果对应我国《立法法》第8条第2项的用语,建制相当于产生,对外设置相当于职权,对内设置和编制相当于组织。^[62]博肯福德在上述分类的基础上又进行了细化:①建制是指命名一个功能主体。②设置包括:首先,确定功能主体的事务任务范围,即权限,和地域影响范围;其次,分配管辖权给权限代表,即功能主体内部的事务分配;再次,确定功能主体的组织方式,比如是采取合议制还是科层制,是具有法人资格还是不具有法人资格,领导的产生方式等等。③配置包括:首先,确定组织与其他组

[57] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1998, S. 22.

[58] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Organisationsgewalt und Gesetzesvorbehalt, NJW 1999, 1236.

[59] Hartmut Maurer, Zur Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Staaten und Steuern: FS-Vogel, 2000, S. 345.

[60] 对这三个概念的翻译借鉴自朱武献、周志宏:“行政组织权与设置原则”,载台湾地区行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),五南图书出版公司2000年版,第277页。

[61] Butzer(Fn. 10), S. 162.

[62] 对此,王锡铤教授已经敏锐地指出:“在我国,组织法(Organic Law)的含义与法治发达国家相比,有所不同。我国的组织法主要是关于机构内部组织的法律,而在国际上,组织法通常是指创设一个组织并对其进行赋权的法律。”参见王锡铤:《完善组织国家机构组织法》,载中国法学会官网, https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=1136&InfoID=25757,最后访问日期:2019年9月1日。

织的关系,包括职责从属、上下级关系(命令和监督权)、与其他功能主体是独立还是合并等等。其次,内部划分或者内部组织(包括机构、小组)、活动流程和内部程序。再次,配备空间、物质和人事手段,从而使得功能主体具有行动能力。最后,确定功能主体的地位。^[63]同时,建制的相反概念是注销(Abschaffung),设置的相反概念是撤销(Aufhebung),配置的相反概念是解散(Auflösung)。其他改变既有功能的概念,比如再分、合并、分拆属于设置,因为它们有形成的意味;而改组、重组属于配置,因为它们仅涉及内部的组织。同样,管辖权或者权限的转移属于设置的领域,而人员的加入、外调或借出属于配置的领域。^[64]

实际上,组织权既非完全的法律保留,也非完全的行政保留。行政机关自己享有组织权的只是行政组织的对内设置和配置,因为行政组织的建制和对外设置(即产生和职权)不可能由行政机关自我决定。对于前者,让一个组织来决定自己的产生,这无疑是自相矛盾的;对于后者,让一个组织来自我决定自己享有多少职权,这显然会有“自肥”现象。所以,如果从组织包含建制、设置和配置三个内容来看,我国的行政组织目前至少由四个层次的“保留”组成:①宪法保留,最高国家行政机关——国务院——的建制(产生)和对外设置(职权)是由宪法直接规定的;②法律保留,《国务院组织法》和《地方各级人大和地方各级政府组织法》主要涉及政府对内设置的框架;③行政法规保留,政府对内设置的具体内容是由作为行政法规的《国务院行政机构设置和编制管理条例》和《地方各级政府机构设置和编制管理条例》来规定的;④党内规范性文件保留,政府工作部门的对内设置和配置是由作为“党内规范性文件”的各级党的机构编制委员会的“三定方案”来规定的。^[65]这其中,除了行政法规保留称得上是行政保留外,其他都不能算作是行政保留。因此也可以说,我国行政机关的组织权是非常有限的。但问题是即使将行政组织权赋予立法机关,法律除了在规定行政组织的建制和对外设置(不包括最高行政机关)方面具有优势之外,在规定需要随时根据实际情况进行变化的对内设置和配置方面,并不占优势。这也就是为什么《国务院组织法》和《地方各级人大和地方各级政府组织法》即使规定了政府的对内设置也非常简单的原因。

三、法定法官、司法保留与组织性法律保留

所谓法定法官(Gesetzliche Richter)是指法官的管辖权必须在抽象、一般的前提上确定,即由法律和法院内部的事务分配计划(Geschäftsverteilungsplan)来确定。^[66]这是为了避免出现因人设案的特别法院,特别是通过挑选承审法官,进而影响裁判的结果或内容。法定法官

[63] Böckenförde(Fn. 57), S. 47-49.

[64] Böckenförde(Fn.57), S. 50-51.

[65] 根据《中国共产党机构编制工作条例》第18条,经批准发布的各部门各单位“三定”规定、机构编制管理规定等,是机构编制法定化的重要形式,具有权威性和严肃性,是各部门各单位机构职责权限、人员配备和工作运行的基本依据,各地区各部门必须严格执行。

[66] Jörn Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 15. Aufl., 2012, S. 258.

的目的不仅是出于确保法官独立审判,也是为了保障当事人以及公众对法院无偏颇性及其客观性的信赖。^[67]

法定法官的内涵包括:①法律保留,即议会必须通过法律的形式来规定基本的管辖权规则,尤其是关于法律救济途径、事务、地域和功能管辖权,以及事务分配(派案)的程序。^[68]特别是专门法院,必须以法律的形式予以规定。因为专门法院与一般的法院相比,管辖的案件要么针对特定人(比如军事法院),要么针对特定事(比如海事法院),似乎有违不得设立特别法院之嫌,故更应以一般一抽象的法律为之,方能保证其合宪性。同时,专门法院不仅管辖事务专门,而且也要求审理法官具有相应的专业素质,故对于专门法院法官的任职期限和任命等均由法律规定。^[69]②司法保留(Justizvorbehalte)。^[70]首先,对于审判庭的设立和管辖权,一般由事务分配计划来规定。其次,事务分配计划分配各个法官到审判庭,并确定其任务领域。^[71]由此,形成了法律确定法院的管辖权、事务分配计划确定有管辖权的审判庭和法官的二元模式。

我国《宪法》第129条第3款——人民法院的组织由法律规定,可以视为法定法官原则的宪法依据。但问题是法定法官的关键在于职权(管辖权)由法律规定,法院的对内设置与配置(组织)其实属于法院的司法保留事项,即由法院自己规定。对此,《人民法院组织法》第27、28条也将设立审判庭、综合业务机构以及审判辅助机构和行政管理机构的权限赋予法院自身,相当于法院享有司法组织权。因此,有必要对《宪法》第129条第3款中“人民法院的组织由法律规定”中的“组织”作目的性限缩,它不应是对内设置和配置的问题,而是对外设置和建制的问题,即依照管辖权来设立法院。但是,2018年新修订的《人民法院组织法》第3条规定人民法院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置。不仅允许对法院设置实行宪法保留,而且允许全国人大常委会的决定来设置法院。对于前者,主要理由是《现行宪法》第129条第1款规定了“中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院”,^[72]但显然,这里的宪法保留仅仅确定了最高人民法院的设置,而地方各级人民法院和专门人民法院到底包括哪些,宪法并未明确。对于后者,可能是考虑到我国一些法院,

[67] 施吟蓓:《法定法官原则——以刑事诉讼程序为中心》,台湾大学法律学院法律系2014年硕士论文,第13页。

[68] Gerd Morgenthaler, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2013, § 101, S. 1610.

[69] Philip Kunig, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, 6. Aufl., 2012, § 101, S. 881.

[70] 司法保留不同于法官保留(Richtervorbehalten),后者是指某些事项只有法官才有决定权,比如法官决定逮捕或者颁发支付令等。

[71] 施吟蓓,见前注[67],第21页。

[72] 杨万明主编:《〈中华人民共和国人民法院组织法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第50页。

尤其是专门人民法院的设置并非由法律规定的现实，^{〔73〕}从而为其合法性进行“正名”。但是，这里的“全国人大常委会的决定”的性质如何？它能否等同于法律？并不明确。尤其是在《立法法》第8条将各级法院的产生、组织和职权纳入法律保留，而且第9条将司法制度作为绝对法律保留，即只能由法律规定的各项之后，^{〔74〕}《人民法院组织法》第3条与《立法法》之间的冲突几乎是无法避免的。

至于事务分配计划，目前仍付之厥如。在承办法官的选择上，“尽管电脑随机分案制度正在各地法院大规模推广，但法院系统内部的指定管辖和指定分案现象并未随之得到有效治理”。^{〔75〕}在陪审法官或者人民陪审员的选择上，“也无明确的程序规范或者制度限制，往往临时搭配，甚至是书记员临时打电话确定是否有时间参与审判”。^{〔76〕}

四、议会自治与组织性法律保留

组织性法律保留里为什么不包括议会的组织？原因在于议会自治，即议会可以通过议事规则来决定自身的组织。有人会疑惑：议事规则与法律不都是议会制定的吗，为何关于议会的组织只能由议事规则规定而不能由法律规定？这其中的“奥秘”一方面在于西方国家大多是两院制，议会的立法需要经过两院的同意，而议事规则只需要两院各自同意即可。所以议会自治不仅是议会相对于其他国家机关的自治，也是相对于议会另一院的自治。另一方面在于根据代表原则，议会必须代表当下的民意，所以议事规则由每一届议会自己制定，并且只约束当届的议会，这与具有持续效力的法律自然无法相提并论。同时，议事规则只能约束当届的数额确定的议员，也与约束不特定对象的法律不同。当然也有学者指出，议事规则应当属于国会保留（Parlamentsvorbehalt）的范畴，因为国会保留的关键在于国会自我决定，而不一定采取法律的形式。^{〔77〕}

议会自治主要体现为议会的组织与工作程序应由每一届议会的议事规则来规定，这可以从各国议事规则的内容看出。^{〔78〕}但是我国的情况却不相同。一方面，《宪法》第78条规定全

〔73〕 新疆生产建设兵团法院、铁路运输法院、海事法院、知识产权法院、金融法院都是全国人大常委会的决定设立的，林业法院是2018年最高人民法院批复同意《黑龙江省农垦林区和伊春大兴安岭林区法院机构改革方案》设置的，杭州互联网法院是经由最高人民法院《关于设立杭州互联网法院的方案》以及中央全面深化改革领导小组对该方案的通过设立的。

〔74〕 根据全国人大常委会法工委国家法室的解释，司法制度包括有关司法机关的产生、组织和职权方面的制度和有关诉讼的制度。其中，前者包括人民法院、人民检察院的产生、组织和职权制度，以及公安机关、国家安全机关在司法程序中的侦查制度。参见《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第61页。

〔75〕 刘练军：“法定法官原则：审判委员会改革的新路径”，《北方法学》2018年第6期，第114页。

〔76〕 谢小剑：“法定法官原则：我国管辖制度改革的新视角”，《法律科学》2011年第6期，第117页。

〔77〕 Michael Kloepfer, Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 212.

〔78〕 参见尹中卿等：《六国议会议事规则》，中国民主法制出版社2005年版。

国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的组织和工作程序由法律规定。据此,我国不仅出台了《全国人大组织法》,而且还在法律中规定了一些全国人大及其常委会的工作程序,比如《选举法》《代表法》《立法法》《各级人大常委会监督法》。工作程序是人大工作制度的主要内容,是指特定主体按照规定的时间、空间和行为方式履行职权职责的过程。^[79]因此,有什么样的工作制度就有相应的工作程序。目前,人大工作制度主要包括会议制度、议事制度、选举制度、任免制度、决定和报告重大事项制度、议案制度、监督工作制度、代表建议批评意见办理制度、联系制度、履职制度、旁听制度、信息工作制度、信访工作制度、法律顾问工作制度、宣誓制度和机关事务管理制度等。^[80]另一方面,《全国人大议事规则》和《全国人大常委会会议事规则》也规定了一些全国人大及其常委会的组织和工作程序(比如调查委员会的组成、开会的程序等等),并且在内容上与《全国人大组织法》多有重合。但问题是:议事规则是法律吗?

关于议事规则的属性,历来有三种学说:习惯说、行政法规和行政规则混合体说、章程说。^[81]目前主流的学说是章程说,因为习惯说可能造成国会多数党凭借人数上的优势来随时形成对自己有利的习惯而不遵守对自己不利的习惯;而行政法规和行政规则一般是行政机关制定,而国会并非行政机关,即使将议事规则视为国会行政,由于议事规则在对人效力和对事效力上不具有普遍性,也无法与行政法规和行政规则类比;章程说则是将国会视为一种由议员组成的社团,议事规则由议员为参加议会而自我订立,从而发挥类似于章程的作用。这与私法中将议事规则纳入组织章程的做法相一致。^[82]即使将议事规则视为章程,也与法律有所不同:首先,章程在制定的公开透明度比不上法律;其次,章程的效力主要体现在内部。这就产生了《全国人大议事规则》和《全国人大常委会会议事规则》来规定全国人大及其常委会的组织和工作程序如何与《宪法》第78条相协调的问题。

对此,笔者认为,鉴于目前议事规则与法律的内容多有重合,不如让议事规则重新回归针对届别生效的特性。也就是说,一些针对每一届人大都生效的组织和工作程序问题,由法律来规定;只是针对本届人大生效的特殊问题,由议事规则来规定。比如在专门委员会的设置上,《全国人大组织法》第35条规定全国人民代表大会设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和全国人民代表大会认为需要设立的其他专门委员会。可见,有些委员会是固定的,可以由法律来规定;而有些委员会是根据需要设立的,就可以由议事规则来规定。同时,最好通过法律授权议事规则来规定人大及其常委会的组织和工作程序,^[83]这样一方面可以使得议事规则取得法律的地位(在我国,授权立法

[79] 袁达毅:“‘人大工作制度’析论”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第41页。

[80] 同上注,第42页。

[81] 许宗力:《法与国家权力》,台湾地区月旦出版社股份有限公司1993年版,第325—330页。

[82] 比如我国《农业合作社法》第15条第5项规定农民专业合作社章程应当载明下列事项:……(五)组织机构及其产生办法、职权、任期、议事规则。《公司法》第25条第6项也规定有限责任公司章程应当载明下列事项:……(六)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则。

[83] 陈淑芳教授认为这是比较好的协调议会自律与组织性法律保留的做法,参见陈淑芳:“国会议事规范之规范形式”,《政大法学评论》1999年总第61期,第106—107页。

与授权机关自己的立法效力相等),避免了议事规则规定组织与工作程序与《宪法》第 78 条不一致,另一方面也使得议事规则的制定受到一定的约束,避免了“国会自肥”,从而真正实现《全国人大议事规则》第 1 条和《全国人大常委会会议事规则》第 1 条所规定的“根据宪法、全国人民代表大会组织法,制定本规则”的立法目的。

五、检察机关、监察机关的组织权与法律保留

检察机关和监察机关在我国定位不同于西方国家。首先,西方国家一般将检察权视为行政权或者司法权的一部分,^[84]而我国《宪法》第 134 条对检察机关的定位是法律监督机关。其次,西方国家一般将监察权要么作为立法权,要么作为行政权,^[85]而我国宪法却将监察机关与立法、行政、审判、检察机关相并列,监察权成为一种独立的国家权力。

(一) 检察机关的组织权与法律保留

虽然宪法将检察机关定位为法律监督机关,根据学者的考证,这一定位其实是模仿前苏联,但问题是自 1979 年《检察院组织法》之后,我国检察机关已经取消了前苏联检察院的垂直领导和一般监督权,而这恰恰是前苏联式的法律监督机关的核心要素。^[86]因此,目前关于检察机关作为法律监督机关的真实内涵是什么,学界产生了激烈的争论。^[87]对此,笔者认为:检察机关作为法律监督机关不等于检察机关垄断了法律监督权或者说检察机关是唯一的法律监督机关,因为现行宪法中“监督”一词出现了多次,除了人民(选民)监督、宪法监督不属于法律监督外,其他享有法律监督权的国家机关见表 1:

表 1 现行宪法中有关“监督”的规定

《宪法》第 3 条第 3 款	国家行政机关、监察机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。
《宪法》第 11 条第 2 款	国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。
《宪法》第 67 条第 6 项	全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(六)监督国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、最高人民法院和最高人民检察院的工作。
《宪法》第 77 条	全国人民代表大会代表受原选举单位的监督。

[84] 黄东熊:《中外检察制度之比较》,台湾地区中央文物供应社 1986 年版,第 99—131 页。

[85] 王锴、王心阳:“如何监督监督者?——兼谈对监察委员会的诉讼监督问题”,《浙江社会科学》2017 年第 8 期,第 15 页。

[86] 田夫:“什么是法律监督机关”,《政法论坛》2012 年第 3 期,第 47 页。

[87] 王志坤:“‘法律监督’探源”,《国家检察官学院学报》2010 年第 3 期,第 25—34 页;田夫:“检察院性质新解”,《法制与社会发展》2018 年第 6 期,第 81—94 页;孙谦:“新时代检察机关法律监督的理念、原则与职能——写在新修订的人民检察院组织法颁布之际”,《人民检察》2018 年第 21 期,第 5—17 页。

《宪法》第 91 条	国务院设立审计机关,对国务院各部门和地方各级政府的财政收支,对国家的财政金融机构和企业事业组织的财务收支,进行审计监督。 审计机关在国务院总理领导下,依照法律规定独立行使审计监督权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。
《宪法》第 102 条	省、直辖市、设区的市的人民代表大会代表受原选举单位的监督。
《宪法》第 104 条	县级以上地方各级人民代表大会常务委员会……监督本级人民政府、监察委员会、人民法院和人民检察院的工作。
《宪法》第 109 条	地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权,对本级人民政府和上一级审计机关负责。
《宪法》第 132 条 第 2 款	最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。

上述还不包括那些没有明确规定是“监督机关”但实际上承担监督职能的国家机关,比如监察机关(根据《国家监察法》第 11 条,监察委员会依照本法和有关法律规定履行监督、调查、处置职责)。所以,从宪法的规定来看,所谓检察机关作为法律监督机关是指检察机关享有剩余的法律监督权,即只要没有被宪法赋予其他国家机关的法律监督权,都由检察机关享有。在此意义上,也可以说检察机关享有一般的法律监督权,^[88]这是相对于其他享有特殊的法律监督权的国家机关而言的。从法律监督权的角度来说,检察院的职权实际上是由宪法保留和法律保留两部分组成的。其中,宪法保留规定的是检察院不能行使的法律监督权,而法律保留是规定检察院能够行使的法律监督权。所以,笔者并不认为《人民检察院组织法》规定检察院的职权就违反了宪法,只要这种法律保留不去触碰宪法保留给其他机关的法律监督权即可。

至于检察院的设置和对内组织,与法院的情况类似。一方面,《人民检察院组织法》第 3 条规定人民检察院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置。另一方面,《人民检察院组织法》第 17—19 条允许检察院为了工作需要自行设立检察室、业务机构和检察辅助机构、行政管理机构。

(二) 监察机关的组织权和法律保留

监察机关是 2018 年修宪新设立的国家机关,关于其性质,一直存在政治机关、^[89]反腐败

[88] 所谓“一般法律监督权”是指检察机关监督国家机关、国家机关工作人员和全体公民。参见王桂五:《王桂五论检察》,中国检察出版社 2008 年版,第 179 页。如果从《人民检察院组织法》第 20 条规定的检察院的职权来看,我国的检察权实际上具备了一般法律监督权的形态。对公民刑事犯罪的侦查、批捕、起诉权属于对公民的监督;公益诉讼中,民事公益诉讼是对公民的监督,而行政公益诉讼是对行政机关的监督;其他的诉讼监督、执行监督以及对监所的监督都属于对国家机关及其工作人员的监督的范畴。可以说,我国人民检察院的一般法律监督权的特点是:①不能监督人大及其常委会,这是人大及其常委会作为权力机关的地位决定的,即所谓单向监督而非双向监督;②不垄断所有的法律监督权。

[89] “监察委员会是政治机关”,载中华人民共和国国家监察委员会官网, http://www.ccdi.gov.cn/yaowen/201803/t20180308_165743.html,最后访问日期:2019 年 11 月 15 日。

机关、^[90]道德权力机关^[91]等各种说法。但是现行《宪法》第123条对其的定位仍然是监察机关。2018年《国家监察法》第3条规定各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关。根据中纪委和国家监察委法规室的解释,专责机关的意涵在于“它是党和国家自我监督的政治机关”。^[92]这一定位的着眼点在于监察机关与党的纪律检查机关合署办公的事实。监察机关的调查权不是侦查权,各级监察机关的名字中没有“人民”两个字、宪法没有规定监察机关向人大报告工作均源于此。^[93]所以,只有从这一定位出发,我们才能理解为什么最高监察机关没有像全国人大及其常委会、国务院那样其职权由宪法来规定,为什么《宪法》第124条第4款明确将监察委的职权交由法律规定。如果看一下中央军委的职权也是由《国防法》规定的,或许可以明白,这可能是针对这种党政合署机关的一种特殊安排。^[94]

至于《宪法》第124条第4款规定的“监察委员会的组织由法律规定”,从《国家监察法》的规定来看,目前只涉及监察机关的对外设置和建制。至于监察机关的对内设置和配置,由于2019年10月26日全国人大常委会已经授权国家监察委制定监察法规,故未来监察委员会的对内组织问题宜由监察法规来规定。因此,同样有必要对《宪法》第124条第4款中的“组织”作目的性限缩,它不是对内组织,而应是对外组织的意思。就像王锡铎教授所指出的,“在国际上,组织法通常是指创设一个组织并对其进行赋权的法律,这种法律通常是严格意义上的由代议机关制定的法律”。^[95]

六、结 语

组织性法律保留需要针对不同的国家组织进行区别对待,是否完全保留给“法律”不能一概而论,要根据不同的权力类型、机关级别、保留内容选择不同的保留形态:宪法保留、法律保留、行政保留、司法保留、议事规则保留、监察法规保留。因此,我国《立法法》第8条第2项的最大问题就在于,不加区分地对“各级人大、政府、法院、检察院的产生、组织、职权”统统实行了法律保留,^[96]这既与宪法中多层级的组织性法律保留产生了龃龉,在理论上也不能自洽。因此,有必要对我国的组织性法律保留进行体系重构(见表2)。

[90] 王岐山:“实现对公职人员监察全覆盖:完善党和国家的自我监督”,载《人民日报》2016年11月16日,第1版。

[91] 黄美玲:“监察模式及其权力本质的历史解释”,《中外法学》2019年第4期,第984页。

[92] 《〈中华人民共和国监察法〉释义》,中国方正出版社2018年版,第62页。

[93] 参见翟志勇:“论监察权的宪法性质——兼论八二宪法的分权体系”,《中国法律评论》2018年第1期,第117页。

[94] 胡乔木曾在1982年宪法修改(讨论稿)的说明中指出:“宪法中新增加了中央军事委员会……中央军委是国家制度的一部分,符合目前情况,明确了武装力量的领导问题,具体的可以在宪法中规定。”许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第669页。

[95] 王锡铎,见前注[62]。

[96] 该条之所以没有规定监察委,是因为《立法法》2000年制定和2015年修改的时候,监察体制改革还没有开始。但随着2018年修宪对监察委的组织 and 职权实行了法律保留,未来《立法法》第8条应当纳入。

2019年出台的《中国共产党机构编制工作条例》第4条规定:党和国家机构改革、体制机制和职责调整,各类机关和事业单位的机构、编制、领导职数的配备和调整,适用本条例。前款所称各类机关是指党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关和各民主党派机关、群团机关。该条将各级国家机关的对内组织权赋予了党的机构编制委员会,表面上似乎与组织性法律保留不一致。但是也要注意,对内组织实行法律保留是不现实的,对内组织理论上属于各个国家机关的组织权的范畴。因此,该条例第14条第3款也规定机构编制事项申请仍然是由每个部门自己提出的。

至于民族自治地方的自治机关(包括人大和政府)的组织和工作,虽然《宪法》第95条第3款规定实行法律保留,但实际上,基于各个民族自治地方的情况不同,法律不可能做统一规定。因此,《民族区域自治法》第15条第3款规定民族自治地方的自治机关的组织和工作,根据宪法和法律,由民族自治地方的自治条例或者单行条例规定。综上,我国组织性法律的多层级保留可总结如下表:

表2 国家机关产生、组织、职权的保留体系

权力类型	机关级别	保留内容	保留形态
立法	最高立法机关	产生、职权	宪法保留
		组织、工作程序	法律保留(一般)、议事规则保留(特殊)
	其他立法机关	产生、职权	法律保留
		组织、工作程序	法律保留(一般)、议事规则保留(特殊)
行政	最高行政机关	产生、职权	宪法保留
		组织	行政保留
	其他行政机关	产生、职权	法律保留
		组织	行政保留
审判	最高审判机关	产生	宪法保留
		职权	法律保留
		组织	司法保留〔97〕
	其他审判机关	产生、职权	法律保留
		组织	司法保留

〔97〕 我国宪法上虽未出现司法机关的概念,但《立法法》第9条规定了司法制度,并且全国人大常委会法工委国家法室将其解释为包括法院和检察院。见前注〔74〕,第61页。

检 察	最高检察机关	产生	宪法保留
		职权	宪法保留(消极)、法律保留(积极)
		组织	司法保留
	其他检察机关	产生	法律保留
		职权	宪法保留(消极)、法律保留(积极)
		组织	司法保留
监 察	最高监察机关	产生	宪法保留
		职权	法律保留
		组织	监察法规保留
	其他监察机关	产生、职权	法律保留
		组织	监察法规保留

Abstract: Different from the multi-level organizational legal reservation adopted by the Constitution, Article 8 (2) of the Legislation Law has all implemented legal reservations for the creation, organization, and powers of people's congresses, governments, courts, and procuratorates at all levels. The inconsistency between the Legislative Law and the Constitution shows that organizational legal reservations need to be coordinated with constitutional reservations, administrative reservations, and judicial reservations to reasonably define the scope of organizational legal reservations. First, the creation of the highest state organs should be subject to constitutional reservations. Second, the current constitution reserves the powers of the National People's Congress, its Standing Committee, and the State Council. Based on its position as a legal supervision agency, the procuratorial organs implement both constitutional and legal reservations. Finally, the organization in China law tend to internal organizations, but internal organizations belong to the category of the organizational power of various state organs. Except for the legislature, it is unrealistic for other state organs to adopt legal reservations for internal organizations.

Key Words: Organizational Legal Reservations; Constitutional Reservations; Administrative Reservations; Judicial Reservations; Organizational Powers

(责任编辑:彭 鐔)