



监察立法权的理论逻辑及其规定性

聂辛东

摘要: 监察立法权具有制定一般性规范的权力能力,从而在规则创制维度强化了监察权。约束监察失控风险并规制监察立法权,应在权力源头上警惕“功能代偿”实践逻辑所揭示出的人大立法功能的系统性不足。及时满足监察职权须以“法律”形式具体化的宪定要求。在权力行使上确立“人大的法规创造力原则”,明晰国家监委就领导性管理事项立法的创制性立法权限,防止创制性立法侵入监督性管理事项领域。认知“一般授权+解禁授权+专门授权”的配权结构,释明国家监委无权行使授权性立法权限,进而通过更新法律保留清单预防授权性立法权限被僭越之风险。

关键词: 监察立法权;法律的法规创造力;人大的法规创造力;创制性立法;授权性立法

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2022.01.004

10.3969/j.issn.1000-5315.2022.01.004

收稿日期: 2021-10-08

基金项目: 本文系国家社科基金项目“完善党和国家监督体系研究”(21AZD088)、福建省高校哲学社会科学学科基础理论研究项目“习近平总书记关于权力监督与制约的重要论述研究”(JSZM2020001)的阶段性成果。

作者简介: 聂辛东,男,陕西延安人,厦门大学法学院博士研究生,E-mail:390048269@qq.com。

《中华人民共和国监察法实施条例》(以下简称《实施条例》)于2021年9月公布并实施,标志着自2019年《全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定》(以下简称《决定》)授权以来,国家监委正式开始行使监察立法权。监察立法权的诞生与行使,在宏观上使得我国专门立法权的行使范围进一步扩大,专门立法主体进一步扩容,立法分工体系进一步优化;而在微观上,监察立法权在规则创制维度强化了监察权,使其兼具了立法、执法和监督属性,从而令国家监委在拥有了规则执行力以及规则执行监督力的同时,还拥有了较为强大的规则创制力,有可能进一步加剧学界对“监察失控”的理性担忧^①。这种担忧潜藏着当前必须予以回答的三大监察法治问题:一是国家监委获得的立法授权究竟遵循着何种配权逻辑?二是国家监委由此获得了多大的监察立法权限?三是监察立法权授予过程及其权限行使存在哪些瑕疵及应如何规约?这些问题内含着有关监察立法权本体性、存在性与发展性的三大命题,即监察立法权从何而来、监察立法权为何及监察立法权到何处去。对此,当前并无系统且有效的理论回应,但这又是关乎监察立法权演进的核心命题,应当给予足够的理论关切。

一 监察立法权的理论来源与配置逻辑

众所周知,监察立法实践并非始于《实施条例》的制定,早在全国人大常委会授权之前,国家监委就已经制定了包括《国家监察委员会特约监察员工作办法》、《监察机关监督执法工作规定》在内的多部监察规范^②。此类监察规范约束和指导着各级监察委员会的监察活动以及公民对监委的再监督行为,具有法规的形式与效力,属于法规类监察规范。法规类监察规范为全面规范监察工作,指导各级监察委员会有效追诉职务犯

① 韩大元《论国家监察体制改革中的若干宪法问题》,《法学评论》2017年第3期,第11—22页;左卫民、刘帅《监察案件提前介入:基于356份调查问卷的实证研究》,《法学评论》2021年第5期,第129—138页。

② 聂辛东《论监察解释权的法治化原理及其方案》,《南大法学》2020年第4期,第47—48页。

罪,保障监察机关正确履职发挥了重要作用。监察先行立法实践提供了监察立法权来源的相关线索,指引我们追溯监察立法权配置的逻辑原点。

(一)权源基础与实践逻辑

1.权源基础

国家监委率先立法,制定法规类监察规范,并在实践中发挥法规实效,这在纯粹法理论与实证主义法理论上可以找到解释根据,亦可从监察职权迁移角度出发寻得一定的历史权源基础。

一方面,实定法秩序假定了此类监察规范的天然有效性。一项规范一旦由国家机关制定,就会基于信赖原则而具有拘束力,即使该制定机关超越权限,譬如国务院违反法律保留原则制定行政法规,在人大常委会未判定其无效前,其必然是无可置疑的有效存在,这同样适用于监察规范的制定。在凯尔森看来,规范有效性和实效性是可以区分的,法律效力不同于法律实效,效力是法律规范一制定就应该有约束力,而实效则是指法律规范在实际生活中是否被人们遵守与服从的实际效果^①。质言之,“规范的效力不同于命令的效力,它的约束力不以某个人的意志为转移”^②,规范是否有实效并不影响规范本身的效力,一个有效的规范可以不具有实效性。凯尔森为克服自然法理论中的主观法对实在法的污染而提出纯粹法理论^③,其假设了国家法规的天然有效性,即规范一经国家机关制定必然有效,而规范有效性构成实效性前提,因此一个有实效的规范必然具有有效性,这便是凯尔森为规范效力与规范实效找到的平衡点^④。因此,实证主义法理论告诉我们,即使有效性存疑的监察规范仍然具有实效性,原因就在于实在法对法规有效性的天然假定。

另一方面,法规类监察规范的制定有历史性的权源基础,其源自监察机关对被整合机关立法性权力的继承。根据《全国人民代表大会常务委员会关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》(以下简称《试点决定》)的总体思路与推广经验,《监察法》规范性地整合升级了央地各级行政监察与检察机关职务犯罪侦查力量^⑤,同时以合署办公形式联合党的纪律检查力量,故改革后的国家监委职权来自三个机关——国务院监察部、最高检和中央纪委。而根据《立法法》第八十条之规定,国务院监察部拥有规章制定权。虽然监察体制改革并未专门强调立法职权的转隶,但这并不代表监察部原生立法权不复存在,实际上其作为传统监察权不可或缺的一部分,已然随同传统监察职能被国家监委整体吸收,一并纳入了国家监察职权的范畴。总之,监察立法权虽未被明示,却因立法权迁移而默示取得,特别是《国家监察委员会特约监察员工作办法》被归入“部委规章”一类^⑥,进一步证明了监察立法权的默示有效性。

2.实践逻辑

俯瞰专门立法权配置的全过程,授权前预先立法是实践通行做法。我国中央立法权架构经历了漫长的演变过程,最终呈现出“一元三系”的基本构造。从“五四宪法”时期全国人大全权行使国家立法权的“一元化”模式,到“八二宪法”时期的“一元一系”模式,全国人大及其常委会行使一般立法权,国务院行使专门立法权,再到《立法法》时期的“一元二系”模式,全国人大及其常委会行使一般立法权,国务院和中央军委共同行使专门立法权,直至“新修宪法”时期,监察入宪后国家监委获授专门立法权,我国中央立法权架构演变为“一元三系”。在此过程中,专门立法权的诞生与演化呈现出“立法先行,授权后置”的特点。国务院早在“八二宪法”授权其制定行政法规之前,就已制定不下于200个法规类规范;在《国防法》授权中央军委行使法规制定权之前,其就已制定多种军事类法规^⑦。与前述法规类监察规范相似的是,国务院与中央军委先行制定的规范也具有法规的形式、内容及实效;更进一步的是,在国务院与中央军委获授立法权后,其先行制定的“准法规”类规范被追认为法规,并在实践中继续发挥法规效力。

① Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. Max Knight, (Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008), 211.

② 梁晓俭《凯尔森法律效力论研究——基于法学方法论的视角》,山东人民出版社2005年版,第22页。

③ 凯尔森《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第64页。

④ 凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第138—139页。

⑤ 朱福惠《论监察法上政务处分之适用及其法理》,《法学杂志》2019年第9期,第46—57页。

⑥ 中央纪委、国家监委网站将《国家监察委员会特约监察员工作办法》列入“国家法律法规”中“部委规章”类,2021年9月24日访问,http://www.ccdi.gov.cn/fgk/law_validity_0207.

⑦ 朱阳明《论军事立法权的依据》,《中国法学》1995年第3期,第33—35页。

实际上,专门立法权的预先行使属于“功能代偿”反应。按照系统论的逻辑,分化后的行政、军事及监察等执行类子系统不应该再发挥立法功能,因为立法功能是由立法机关承担。但由于社会复杂化程度的急速加剧,同时由于子系统分化并不成熟,无法通过结构耦合及系统的开放性,对其他子系统及环境的刺激作出有效回应,进而也不能展开结构再生产,从而引发了功能上的退化与混同。具体而言,随着行政治理、军事管理及监察监督事项的发展愈发复杂化,而立法系统本身又分化得不是很成熟,无法对复杂社会环境及行政系统、军事系统及监察系统的刺激作出回应,故而三类子系统为了维持其自身系统的有效运行,发挥其系统功能,规避可能使其系统崩溃的风险,本能性地替代发挥了立法功能,展开了前述提及的授权前预先立法活动。从效果上看,全国人大常委会的授权《决定》是对既有监察立法实践的事后追认,它满足了当前监察工作的实际需要^①。因此,监察立法权配置的实践逻辑应当是对传统立法系统的“功能代偿”。

(二)三类权限与制度逻辑

如果说实践逻辑展现了监察立法权配置的动力机制,那么制度逻辑则旨在析出监察立法权配置的准入基准。所谓准入基准,是指国家机关被授予立法权,进入立法权架构,并行使专门立法权所需具备的资质条件。现行宪法与法律并未提供专门立法权配置的直接规范基准,可能原因在于专门立法权配置的不经常性。但这种不经常性正在被打破:一方面,随着监察立法权的授予,专门立法权主体已经扩容为三类,行使专门立法权的不再是个别机关,准入基准成为必须予以明晰的基本要求;另一方面,专门立法权本身存在三类范围不同的立法权限,而这些权限在机关间的配置也并不完全,例如国务院享有包括执行性、创制性和授权性在内的整体立法权限,而中央军委虽然在规范上只享有执行性立法权限,但在实践中,中央军委又实在地行使着创制性立法权限,后两类权限无论如何配置都需要基准参照。

国家治理任务的复杂性和治理对象的多样性决定了全国人大及其常委会的立法功能无法满足实践中的立法需求,于是出现了一般立法权与专门立法权的分野。经过70余年的实践,专门立法权内部也分化出了不同立法权限,包括:除全国人大及其常委会之外的其他国家机关,为实施法律而制定法规的执行性立法权限;为履行法定管理职责创制新的权利义务性法规的创制性立法权限;据全国人大及其常委会之授权就特别事项先行制定法规的授权性立法权限。这三类权限范围大小存在显著差异,其所循配权逻辑及其基准也各有不同。

1. 执行性立法权限的配置逻辑与主要执行者之身份基准

根据《宪法》第八十九条规定,国务院可以“根据宪法和法律……制定行政法规”,其中包含着行政立法的执行性立法权限。2000年《立法法》第五十六条第一款将此条款具体解释为,国务院可以就“为执行法律的规定需要制定行政法规的事项”制定执行性法规。在实践中,国务院行使执行性立法权限一般表现为两种情形:一是相关法律为获得施行,明示由国务院制定相关法规,一般很多法律都会在最后明确规定,由国务院制定相关实施条例和细则,例如,根据《标准化法》第二十五条中“本法实施条例由国务院制定”的规定,国务院制定了《标准化法实施条例》;二是法律默示由国务院制定相关法规,在实践中一些法律虽然没有明确规定国务院制定实施条例和细则,但该法律正文规定国务院及其主管部门是法律的主要执行主体,国务院即可据此制定执行法规,例如《道路交通安全法》和《土地管理法》都没有明文规定国务院制定实施条例,但国务院是实施该法的主要机关,因此制定了《道路交通安全法实施条例》和《土地管理法实施条例》^②。中央军委行使执行性立法权限也存在同样的情形。由此,我们几乎不难得出这样的结论,即国务院与中央军委之所以获得执行性立法权限,根本原因是由于其作为某类型法律的主要执行主体,对该类法律的实施负有无可回避的义务。换言之,执行性立法权限配置的逻辑核心在于立法权可以基于“主要执行者”之身份而获得,即中央其他国家机关若要获授执行性立法权限,其必须是法律明示或默示的主要执行主体。

回到监察立法权配置。虽然《监察法》并未直接规定由国家监委制定相关实施性法规,但是根据《监察法》第三条和第七条之规定,国家监委是最高监察机关,监察机关是行使国家监察职能的专责机关,依照《监

^① 王建国《监察机关立法权纵向配置研究——基于地方试点的视角》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第28页。

^② 谢立斌《论国务院的职权立法权》,《政法论坛》2018年第6期,第102页。

察法》对所有公职人员进行监察。因此,国家监委既是该法的主要执行机关,还是今后各类监察法律的主要执行机关。国家监委作为《监察法》的主要执行者,不仅有权为执行《监察法》规定而行使执行性立法权,更有责任为实施《监察法》而履行执行性立法义务,需要承担起有效实施监察法律的最大责任。与权力面向相较,义务面向更强调国家监委有执行性立法权力的不可放弃性。这种不可放弃性是一以贯之的:传统行政监察体制中的国务院及其监察部承担实施《行政监察法》之义务,并据此颁行了《行政监察法实施条例》,现行国家监察体制中的义务主体变更为国家监察机关,故而后者应当有权力更有义务就监察法的执行性事项进行立法。据此可知,国家监委获授专门立法权符合“主要执行者”的身份基准,其遵循的仍然是法律主要执行机关立规的身份逻辑。

2. 创制性立法权限的配置逻辑与管理性职权之职权基准

在长期的国家治理实践中,一些国家机关承担着海量管理任务,这些管理任务因对象的广泛性和多样性而具有复杂性,不仅很多管理事项尚来不及亦不适合在法律上作出规定,而且即使进行执行性立法也无法涵摄其具体内容,此时基于法治建设的通盘考量,在制度上扩充专门立法权已属势在必行。这反映在行政立法制度的变迁之中。2000年《立法法》第五十六条实际对1982年《宪法》第八十九条第一款第一项的行政立法权内容作了扩大解释,即国务院可以“根据宪法和法律……制定行政法规”,不仅是指国务院既可以基于执行法律规定的需要进行执行性立法,亦是指其可以基于宪法第八十九条第三项至第十八项授予的行政管理职权履行的需要进行创制性立法。据此可知,与执行性立法不同,创制性立法一般并无直接的上位法律规范,故创制性立法权限展开的逻辑起点并非被授予该权力的国家机关具备法律执行者之身份,而是其本身拥有针对某类特定群体的管理性职权。该职权性逻辑也进一步反映在具体的实践中。其一,国务院在国家立法阙漏的情况下,为更好履行其法定管理职权,制定了大量行政法规,譬如在法律未对有关事项进行规范的情况下,国务院基于《宪法》和《国务院组织法》所赋予的“领导和管理经济工作和城乡建设”职权,制定了许多相应的行政法规^①,例如《印花税法暂行条例》、《储蓄管理条例》、《国有土地上房屋征收与补偿条例》等。其二,中央军委基于军事管理职权也制定了数量不小的创制性法规,譬如在法律未对解放军内务管理事项进行规范的情况下,在实践中基于《宪法》、《国防法》、《军事设施保护法》等赋予的领导武装力量和普遍管理职权,制定了《中国人民解放军内务条令》等创制性管理法规。

创制性立法权限的配置逻辑本质上强调三点:第一,针对某类特定群体的管理性职权是获得授权的关键条件,国务院与中央军委享有针对下级机关与相关人员的全面领导和普遍管理职权,这构成二者获得授权的核心制度契合点;第二,由于很多管理事项尚来不及立法或者并不适合立法而导致暂无法律规定,这构成创制性立法权限配置的情势条件;第三,创制性立法权限配置还受法律保留原则的限制,即创制立法权不得侵入法律保留事项的范围,这既体现在《立法法》第八条有关法律保留的制度安排上,也体现在上述行政立法与军事立法实践中。在三点之中,被授权机关应当具有“管理性职权”,构成创制性立法权限配置的核心基准。

复观监察立法权配置。国家监察委员会具备与国务院和中央军委类似的管理性职权。根据管理对象不同,管理性职权可以分为针对下级机关的领导性管理职权和针对个人的普通性管理职权;根据管理属性不同,普通性管理职权还可以分为普遍性的行政管理职权、特定性的军事管理职权和规控性的监督管理职权。具体而言,国务院拥有针对下级行政机关的领导性管理职权以及针对普通公民的普遍性行政管理职权;中央军委拥有领导各类武装力量和管理中国人民解放军、中国人民武装警察部队的领导性管理职权和军事管理职权;根据《监察法》第三条和第十条之规定,各级监察委员会对所有行使公权力的公职人员进行监察,国家监察委员会领导地方各级监察委员会的工作,据此,国家监委拥有针对下级监察机关的领导性管理职权及针对公职人员的监督管理职权,此二者共同构成国家监委的管理性职权。国家监委获得专门立法权符合“管理性职权”的职权基准,遵循着管理性职权机关立规的职权逻辑。

3. 授权性立法权限的配置逻辑与“职权+身份”之递进基准

为了进一步弥补国家权力机关立法能力的不足,专门立法权衍生出了第三类立法权限,即其他国家机关

^① 聂辛东《国家监察委员会的监察法规制定权限:三步确界与修法方略》,《政治与法律》2020年第1期,第73—74页。

据全国人大及其常委会之授权就特别事项先行制定法规的授权性立法权。根据《立法法》第九条之规定,法律保留事项尚未制定法律的,全国人大及其常委会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。据此,授权性立法限于税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度,对非国有财产的征收、征用等法律相对保留事项。显而易见,从执行性立法权限到创制性立法权限再到授权性立法权限,立法权限在逐渐扩大。与执行性立法权限和创制性立法权限相较,授权性立法权限突破了法律保留的限制,可在全国人大及其常委会的特许下进入法律相对保留事项的疆域展开立法活动。然而,立法权限的不同并不意味着其配置逻辑存在本质区别。实际上,授权性立法权配置的底层逻辑也是基于国家机关的“管理性职权”和“主要执行者”身份。

具体可以从两个层面来理解授权性立法权限配置的底层逻辑:其一,之所以说授权性立法权配置的底层逻辑也是基于国家机关的“管理性职权”,是因为全国人大所作授权事项往往属于与被授权机关职权内事项性质相似的事项,或者本来就是被授权机关的职权内事项,只是有关该事项的立法权力被法律相对保留,例如全国人大常委会曾经作出过《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》,“授权国务院在实施国营企业利改税和改革工商税制的过程中,拟定有关税收条例”,其授权立法事项正是国务院的一般税务征收管理事项;其二,之所以说授权性立法权配置的底层逻辑同样是基于国家机关的“主要执行者”身份,是因为即使全国人大即刻制定法律,其法定主要执行主体也一定是该机关,例如上述税收事项,如果全国人大常委会不授权国务院立规,而是选择自行立法,那么法律制定之后,其主要执行机关一定还是国务院,国务院可以据此行使执行性立法权限^①。质言之,若要获得授权性立法权限,被授权机关须拥有相关管理性职权,且具备成为主要执行者的身份潜质,此为授权立法权限配置所遵循的“职权+身份”的递进逻辑。如此而言,根据前述,国家监委拥有监察管理性职权,并具备成为主要执行者的潜质,向国家监委配置授权性立法权限并无底层逻辑上的障碍。

二 监察立法权的行使争议与权限范围

在具体授权实践中,《决定》第一条第二款规定,国家监委可以就“为执行法律的规定需要制定监察法规的事项”,及“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责需要制定监察法规的事项”进行监察立法。从文义解释的角度来说,国家监委因此可以“为执行法律的规定”行使执行性立法权限,也可以“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责”行使创制性立法权限。对于国家监委享有执行性立法权限,应当不会产生歧义,学界意见也比较一致,《实施条例》的出台正是其执行性立法权限行使的结果。目前的主要争议,一是国家监委是否可以创制性立法及其范围大小,二是国家监委是否享有授权性立法权限。

(一) 法律的法规创造力原则与创制性立法权限

国家监委是否享有创制性立法权限?有关此问题的争议核心在于:国家监委是否可以在没有上位法律依据的情况下,就职权相关事项,直接创制作为“独立命令”的一般性规范,也即制定新的权利义务规范。这与如何理解《决定》第一条第二款第二项有关,根本上又与《宪法》第八十九条第一项的规范含义相关^②。

1. 争议:“否定说”与“肯定说”

根据《决定》第一条第二款第二项之规定,国家监委的立法事项除了执行性事项,还包括职权性事项,即“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责需要制定监察法规的事项”。“否定说”主张国家监委并未被赋予创制性立法权限,其根据“国家监察委员会根据宪法和法律,制定监察法规”,将《决定》第一条第二款第二项理解为,必须在有上位法律对相关职权事项已经作出规定的情况下,国家监委才可以就领导性管理事项进一步制定监察法规。“监察机关之职权立法仍须限定在执行性的监察法规”^③。“肯定说”主张国家监委享有创制性立法权限,认为国家监委唯有就执行性事项制定监察法规时需要上位法律依据,就职权性事项制定监察

① 聂辛东《国家监察委员会的监察法规制定权限:三步确界与修法方略》,《政治与法律》2020年第1期,第76页。

② 《决定》第一条第二款第二项规定,“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责需要制定监察法规的事项。”《宪法》第八十九条第一项规定,“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”。

③ 秦前红、石泽华《监察法规的性质、地位及其法治化》,《法学论坛》2020年第6期,第96—97页。

法规时并不需要^①。

截然相反的主张源于不同的论证进路及研究取向。“否定说”试图以法教义学方法为桥梁,接引“法律的法规创造力原则”,维护人大(议会)的立法权,限缩专门立法权的范围;“肯定说”采用实证主义的研究进路,通过往复于规范与实践之间,试图寻得立法者的原意,还原监委享有创制性立法权限的真相。虽然“否定说”具有一定的合理性,但其根本上是基于“法律的法规创造力原则”,而该原则并不被我国立法实践所接受,故而存在重大论证缺陷。相较而言,“肯定说”基于本土实践,具有相当的合理性,值得重视,然而其并未正面回应“否定说”的相关论点。因此,回到“否定说”的论证过程,探寻其争议本质,补强“肯定说”,可以帮助我们更加充分、全面且有效地阐释国家监委的创制性立法权限。

2.本质:“法律的法规创造力原则”与“人大的法规创造力原则”

“否定说”对《决定》的解释植根于《宪法》第八十九条第一项,而对后者的理解又受到“法律的法规创造力原则”的深刻影响。

首先,关于《宪法》第八十九条第一项行政立法权限的理解。该款规定了国务院可以“根据宪法和法律……制定行政法规”,不少学者将其理解为国务院制定行政法规既要根据宪法也要根据法律^②,或者说行政立法,包括就国务院行政管理职权事项进行职权立法,都应有直接的、具体的上位法律根据,无权创制一般规范。这类观点通常被称为“依据说”,其学说关怀在于担心没有上位法前提将导致行政机关拥有无限的立法权,破坏我国的政体^③。由于行政立法权的授权规范和监察立法权的授权规范构造相似,都是“‘根据’式规范命令+执行性与职权性立法事项”,因此对于前者的理解被直接用于监察立法权限的解读。《决定》第一条第一款与第二款第二项被结合起来解释为国家监委就领导性管理职权事项制定监察法规,必须有上位法对此事项已经作出规定,否则不得擅自立规,创制新的权利(权力)义务规范。质言之,“国家监察委员会不享有在法律规定阙如的情况下制定‘独立命令’的权力”^④。

其次,“法律的法规创造力原则”对《宪法》第八十九条第一项解释的影响。“法律的法规创造力原则”由德国行政法学之父奥托·迈耶提出并体系化,其与“法律保留”、“法律优位”共同构成法治的三大原则。所谓法律的法规创造力,是指一切法规均应由法律来创造^⑤。其中的“法规”是指在国家与臣民之间或个人相互之间规定其意思界限、具有一般拘束力的抽象法则(“独立命令”)^⑥,其指向具有法规性质的内容,而非我国行政法规与地方性法规的形式性简称。该原则本质上是主张议会垄断一般性规范创造力,让裁判规范的创设由立法权垄断,立法权可以自行创造一般性规范,也可以通过授权(委任)立法实现创造一般性规范的能力。有研究者主张应当在我国确立起“法律的法规创造力原则”,《宪法》第八十九条第一项应当被解释为“禁止直接依据宪法制定行政法规”,国务院非经法律授权(上位法备位),不得创制一般性规范,法律事项范围扩张到哪里,行政立法才可能跟随到哪里,也即行政立法只限于执行性立法,以及授权性立法^⑦。

总而言之,是“法律的法规创造力原则”支撑起了《宪法》第八十九条第一项的解释内容,进而直接影响了“否定说”对《决定》规范含义的理解,最终“否定”了国家监委可以在无上位法律的情况下,就领导性职权事项制定监察法规的创制性立法权限。“否定说”通过接引“法律的法规创造力原则”,希望尽量限制专门立法权范围,避免监察权因创制性立法权限而过度膨胀,从而更好地保证基本权利。其初衷可以理解,亦值得赞赏。但在法治话语逐渐本土化的当代中国语境下,此类主张的科学性、合理性及可行性不无商榷余地。

其一,“法律的法规创造力原则”赖以存在的“权力分立”话语并不适用于中国。法律的法规创造力植根

① 聂辛东《国家监察委员会的监察法规制定权限:三步确界与修法方略》,《政治与法律》2020年第1期,第70—82页。

② 马岭《孙志刚案的启示:违宪审查还是违法审查》,《国家行政学院学报》2005年第1期,第81页。

③ 许元宪、吴东翰《论国务院制定行政法规的宪法根据》,《法学家》2005年第3期,第64—65页。

④ 李龙、李一鑫《国家监察委员会的法规制定权研究》,《河南社会科学》2019年第12期,第39页。

⑤ 王贵松《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017年第1期,第110页。

⑥ 美浓部达吉《行政法总论》,熊范典编辑,丙午社1907年版,第2、16—17页。

⑦ 王贵松《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017年第1期,第111、120页。

于两项原则,其中之一是权力分立原则^①。权力分立原则要求国会以法律的形式来创制一般性规范,并不排除其他机关通过委任立法行使执行性权限,只是禁止概括授予其他机关以创制性权限,本质上是要求立法权中的创制权限由国会独占,不得分享于其他国家机关,以保证权力之间的分立制衡,此为“法律的法规创造力原则”生成之基。然而,我国宪法的权力配置规范强调国家机关之间的“分工负责,互相配合,互相制约”,彭真在《宪法修正案》说明中认为,这样“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”^②。由此须清晰地认识到,权力分立之分与权力分工之分存在重大区别:前者之所以强调权力之间的分立,表面原因是形成制衡,内在原因却是为了彼此监督,故而这只是一种公权力监督的解决方案,从中解读而出的立法权不可分割和不可混合性并不构成公理;我国的公权力监督采用与三权分立国家制衡监督模式不同的监察专门监督模式,该模式下的公权力是通过专门构建的异体监督系统实现监督,并不完全依赖于不同权力之间的相互制衡,因此权力之间允许基于效率考量的适度分割和彼此混合,立法权在此意义上被释放。质言之,以并不适用于中国的权力分立原则为基础,建构“法律的法规创造力原则”,进而解释《决定》并未赋予国家监委以创制性立法权限,难免有立基不稳之嫌。

其二,我国实定法并未接受“法律的法规创造力原则”。法律的法规创造力所植根的另一项原则是民主原则^③。民主原则强调,唯有由民主选举产生的议会机关,才代表国家一般意志,其他机关则是这种意志的执行人。以法律为主要载体的一般性规范则是这种一般意志的表征,不能由执行机关来创制,否则其所创制规范不具有民主正当性。由该权力分立的主张可见,其遵循的仍然是权力分立原则下的民主逻辑。在强调权力分工原则的中国民主逻辑下,一般性规范的制定主体是多元化的。之所以如此,正是因为我国发展出了中国特色的全过程民主,在全过程民主制度下,民主正当性链条得到了强化,并进一步延伸到其他中央国家机关。具体而言,通过人民代表大会制度、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度等不同层次的民主形式,以及政府信息公开制度、备案审查制度、立法协商、人民建议等更微观的制度与相关实践^④,民意收集、消化和表达的渠道及其出口变得多元化,其他中央国家机关的民主正当性被强化,民主正当性链条并未因间接选举而断裂,因此也可以代表一般国家意志创制一般性规范。这恰如习近平指出的:“我们走的是一条中国特色社会主义政治发展道路,人民民主是一种全过程的民主,所有的重大立法决策都是依照程序、经过民主酝酿,通过科学决策、民主决策产生的。”^⑤

在不遵循权力分立及其民主逻辑的中国制度框架下,我国实定法体系并未接受“法律的法规创造力原则”,创制一般性规范的权限被分割由一般立法权(国家立法权)和专门立法权(其他机关立法权)行使。甚至“法律的法规创造力原则”的提倡者自己亦不得不承认,现实中似乎难以有力地支持法律的法规创造力原则。《立法法》考虑到立法的现状,实质上肯定了国务院的创制性立法权限^⑥。实践中,国务院与中央军委就其职权事项,在无上位法规定的情况下,创制着具有一般性规范效力的法规。以行政法规为例,截至2021年10月,我国现行有效法律288部,行政法规近700部,诸多行政法规没有法律根据,属于创制性行政立法。

其三,我国立法遵循的是“人大的法规创造力原则”。基于权力分工原则和全过程民主制度,我国实际上确立起了“人大的法规创造力原则”。与“法律的法规创造力原则”不同,“人大的法规创造力原则”植根于立法权的可分割性及国家意志代表的多元性,由三大主张构成:第一,一切法规均应由全国人大及其常委会创造,全国人大由民主选举产生,是最高国家权力机关,其与常设机关全国人大常委会创制一般性规范,具有最高民主正当性;第二,全国人大及其常委会享有法规创造力的分配裁量权,可以将一部分法规创造力在一定

①王贵松《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017年第1期,第111页。

②彭真《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编《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。

③王贵松《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017年第1期,第111页。

④林彦《全过程人民民主的法治保障》,《东方法学》2021年第5期,第22页。

⑤《习近平:中国的民主是一种全过程的民主》,新华网,2019年11月3日发布,2021年9月1日访问,http://www.xinhuanet.com/2019-11/03/c_1125186412.htm。

⑥王贵松《论法律的法规创造力》,《中国法学》2017年第1期,第120页。

范围内分享给其他由全国人大民主产生的中央国家机关,这是人大法规创造力的体现,属于其基于分工考量、为促进有效立法而创造法规的一种形式,亦属于其最高民意代表机关能力的合理延伸及充分表达;第三,概括授予法规创造力后,获得法规创造力的其他中央国家机关可以创制一般性规范,进行创制性立法,但立法事项限于法律保留范围之外的职权相关事项。在“人大的法规创造力原则”下,全国人大及其常委会除了可以概括授予其他国家机关执行性立法权限、单独委任其他国家机关授权性立法权限以外,还可以概括授予其他国家机关创制性立法权限。该原则真正抓住了“法规创造力”的主体属性,而与拘泥于“法律”载体形式的“法律的法规创造力原则”形成显著区别。

据此,《宪法》第八十九条第一项的真实含义实为三层:一是根据宪法和法律推进立法工作,坚持依宪立法和立法法治化;二是行政立法不得抵触宪法和违反法律;三是执行性行政立法应当根据上位法律规定展开,职权性行政立法不得与法律相冲突。这在《立法法》第六十五条有关行政立法权限条款当中得到了充分表达,亦可以同步映射出《决定》第一条第二款第二项之规范含义:所谓监察法规可以就“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责需要制定监察法规的事项”作出规定,即是指国家监委可以在没有上位法律规定的情况下,直接就领导性职权事项创制新的权利(权力)义务法规。

3. 权限:《决定》规范含义的教义学补强与国家监委的创制性立法范围

“否定说”的致命缺陷在于,以从未被我国实定法体系及立法实践所承认的“法律的法规创造力原则”为基础,推导出《决定》中国家监委的职权立法应当以上位法为依据,进而以“应然结论”替代“实然面貌”,得出了国家监委不享有创制性立法权限的结论。以“国家监委不应当享有创制性立法权限”回答“国家监委是否享有创制性立法权限”之问题,否定论者迷失在了艰难的逻辑跋涉途中,这不得不说不是一种遗憾。回到理论原点,发掘属于我国的“人大的法规创造力原则”,能帮助我们释明《决定》的实然含义,就国家监委是否享有创制性立法权限的问题得出肯定答案。与此同时,对《决定》规范进行体系解释,可以进一步廓清国家监委的创制性立法范围。

首先,以同义反复之排除,推定《决定》第一条第二款第二项所列为国家监委的创制性立法事项。对《决定》第一条第二款第一项赋予了国家监委执行性立法权限,现下理解并无分歧,国家监委就执行事项进行监察立法,以上位法的存在为前提,是为更好地实施上位法规定。如果同时将第二项解释为国家监委的执行性立法权限,其所列领导性职权事项便转为执行性事项,就该类事项进行立法亦变为有效执行上位法规定。此时便会产生一大疑问,既然都是执行性事项,前者显然属于执行性事项的最抽象概括,后者继续列出一类完全可以被前者概括的具体执行事项,在对象上属于重复列举,在常理上属于违背立法逻辑的倒置。按照立法习惯,如果立法者意在列举同一类事项,那么起兜底作用的抽象列举应置于具体列举之后。但《决定》并未如此规定,这表明两项条款所列事项并不相同。而第二项所列领导性职权事项只有被解释为执行性立法事项和创制性立法事项两种可能的前提下,既然并非前者,那么推定为后者即属合理。

其次,以法律保留为工具,确立国家监委创制性立法的事项边界。根据《立法法》第八条第十一项之法律保留兜底规定,立法事项以此为界,被分为“必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项”之“必须立法事项”和除此之外的“非必须立法事项”。“必须立法事项”由法律保留,其中已经制定法律的事项,专门立法机关可以就此进行执行性立法,其中尚未制定法律的相对保留事项,全国人大及其常委会可以通过委托专门立法机关,就此进行授权性立法;“非必须立法事项”可以由法规作出规定,其中已经制定法律的事项,专门立法机关可以就此进行执行性立法,其中尚未制定法律的事项,被概括授予法规创造力的专门立法机关可以就此进行创制性立法。据此可知,创制性立法权限的边界止于法律保留事项,国家监委进行创制性监察立法,以“非必须立法事项”为内容,不得侵入被法律保留的“必须立法事项”范围。

最后,国家监委进行创制性立法以领导性职权事项为内容,不包括监督性职权事项。根据前述论及的管理职权分类,国家监委拥有针对下级监察机关的领导性管理职权以及针对公职人员的监督管理职权。在理论上,国家监委的创制性立法事项可以涵括所有监察职权事项,但《决定》第一条第二款第二项只规定了领导性职权事项(领导性管理职权事项),而未规定监督性职权事项(监督性管理职权事项)。这与行政创制性立法事项范围不同,后者包括国务院针对下级行政机关的领导性管理职权事项和针对普通公民的普遍性行政

管理职权事项。立法授权限缩一方面是考虑到监察立法经验不足,限缩出于立法稳妥性考量;二是从监察法治角度考量,若授予国家监委就所有监察职权事项创制立法,有可能导致授权范围过广而放大监察权失控风险,为监察法治计,现阶段宜将其限缩在可控范围之内。限缩后的监察创制性立法事项仅指领导性职权事项,其具体包括两类:一类是规定下级监察机关的任务、职责和职权划分事项,国家监察委员会可以通过法规划分各级监察机关的任务,也可以在法定职责范围内进行分工,亦可以在法定职权内进行权限划分,但其不可以创制性规定各级监察委员会的产生、组织和职权;另一类是对下级监察委员会及其组成人员的监督事项,监察法规可以就监督各级监察机关及其组成人员是否尽职、合法和合规履行监督、调查和处置职责的事项作出规定。

(二)法律保留的三重解禁与授权性立法权限

国家监委是否享有授权性立法权限?根据前述“职权+身份”的递进逻辑,向国家监委配置授权性立法权限并不存在底层逻辑上的障碍。但是,《决定》对授权性立法未作明确规定,于是争议的核心转变为:授权性立法权限的配置,除了全国人大常委会“一事一决定”的专门授权,国家监委在此之前是否还应获得立法的正式授权?如果需要正式授权,那么国家监委显然并不享有授权性立法权限,因为《决定》本身并未涉及此项内容,更无其他法律对此作出过规定;如果不需要正式授权,国家监委便可直接依据专门授权行使授权性立法权限,那么国家监委显然已经享有授权性立法权限,《决定》是否对此作出规定已经不再重要。

有论者以默示方式主张,无需正式授权,以《决定》为基础,附加专门授权,国家监委即可行使授权性立法权限,“即通过全国人大常委会的专门授权,国家监察委员会就法律的相对保留事项,在法律未作规定之前,据实际需要,制定监察法规”^①;还有论者以要式行为为标识,主张无需正式授权,国家监委以人大决定(专门授权)为要式,便可行使授权性立法权限^②,即对于“尚未制定法律且非绝对保留事项者,全国人大及其常委会有权作出决定,授权国家监察委员会可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定监察法规”;“监察领域之授权立法还需以特定的要式行为(授权决定)为前提”^③;亦有论者隐约意识到了国家监委并无授权性立法权限,但是未对此展开具体论证,只是主张赋予国家监察委员会授权立法权的必要性不大^④。“默示无需”论者和“要式行为”论者都忽视了专门授权之前正式授权的存在,导致论证的结果为,国家监委享有授权性立法权限,只是须以全国人大常委会的专门授权为行权启动条件;“非必要”论者虽然隐约意识到了当前国家监委并无授权性立法权限,同时主张没必要赋予国家监委授权性立法权限,但对授权性立法权限的配权构造本身,其并未予以专门关切。由此可见,各家观点皆有主张,但理论上的认知深浅不一。这需要回到授权性立法权限的配权结构中去,重新认识正式授权的独立性及其重要性。

与其他两类权限的单一配权结构不同,授权性立法权限的配权结构非常独特,其内部呈三层构造,也即包括国家监委在内的其他国家机关若要获配授权性立法权限,都须经过三个层次的授权。第一,被授权机关先须获得一般授权,即被授权机关必须是法律的主要执行者且享有管理性职权,并在符合该底层逻辑的情况下获得全国人大及其常委会决定或法律的授权。经过一般授权便标示着被授权机关具有授权立法的基本能力,当前《决定》已经通过执行性立法权与创制性立法权的概括授予,使国家监委具备了此项能力。第二,被授权机关还须获得解禁授权(正式授权),即由全国人大及其常委会通过法律许可被授权机关在法律相对保留事项范围内制定法规。国务院授权性立法权配置彰显了这一逻辑,在《立法法》第六十五条一般授权的基础上,该法第九条还进行了解禁授权。第三,被授权机关若要具体行使授权性立法权限,仍须通过“一事一决定”的专门授权。如果说一般授权只是表明被授权机关具有授权性立法潜力的话,那么解禁授权(正式授权)便是概括赋予了被授权机关进行授权性立法的正式资格,而专门授权则是被授权机关具体行使授权性立法权的能动条件,其功能在于将概括授予的法律相对保留立法事项具体化。

此时尚有两个问题需要进一步回答。一是为何需要前两层授权,特别是为何需要解禁授权?这是因为

① 聂辛东《国家监察委员会的监察法规制定权限:三步确界与修法方略》,《政治与法律》2020年第1期,第76页。

② 李龙、李一鑫《国家监察委员会的法规制定权研究》,《河南社会科学》2019年第12期,第39页。

③ 秦前红、石泽华《论依法监察与监察立法》,《法学论坛》2019年第5期,第44页。

④ 宋方青、张可《国家监察委员会监察法规制定权:权限范围与制度构建》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第32页。

授权性立法权限突破了法律保留原则的范围,进入到了法律相对保留的疆域,其范围大于执行性和创制性立法权限,唯有已经获得执行性和创制性立法权限的立法主体才能成为获配授权性立法权限的主体,其他主体没有获配资格,故此一般授权的功能在于筛选获配授权性立法权限的候选主体。之所以授权性立法权的获得还需解禁授权,一方面是因为授权性立法事项属于法律保留事项,此类立法事项关乎国家制度根本以及公民基本权利,直接以“一事一决定”的方式代替解禁授权,根本上是对法律保留原则的违背和架空,另一方面是因为解禁授权本质上发挥着双重解禁的功效,其不仅是在为被授权机关解禁,也是在为授权机关本身解禁,故而非正式立法授权不可。二是解禁授权为何须以法律的方式进行,而不能是全国人大及其常委会的决定?以法律的方式为关乎国家制度根本以及公民基本权利事项设禁,若要对这类事项部分解禁,理论上还须以法律的方式进行,否则就是对法律保留原则的抵触,言下之意便是,以决定的方式解禁,效力尚不能及,不符合法律保留的精神。在此意义上,如果说以《决定》的形式向国家监委配置执行性立法权限和创制性立法权限已属勉强且极具合宪性风险的话,那么继续通过《决定》的形式来完成国家监委授权性立法权限的第二层解禁授权,很可能会直接将此次授权行为推入完全违宪的危险境地。这是授权性立法权限未被授予的根本原因,也即为何《决定》未规定《立法法》第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国家监委可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定监察法规。据此可知,国家监委尚不具备授权性立法权限。

三 监察立法权的系统反思与全面规约

监察立法权的授予是深化监察体制改革的重要举措,是健全党和国家监督体系的重要部署。监察立法不仅为及时回应监察工作中的突出问题,有效监督与追诉职务犯罪,提供了制度入口与规范支撑,也为规范监察活动,确保各级监察机关正确行使职权,保障公职人员的基本权利,提供了具体指引及必要准据。但若持续发挥监察立法对监察法治的保障及引领作用,就必须重视和反思隐藏在看似已经完成的法规制定权授予行为之下与监察立法权限行使过程之中的法治化危机。一方面,监察立法权配置的“功能代偿”实践逻辑本身反映了全国人大及其常委会一般立法能力的不足,如若不予以改善,极有可能导致监察立法权的恣意扩张,加之制度逻辑表明监察立法权限的扩展在底层逻辑上一片坦途,尤其是在授权基准与授权方式不规范的情况下,这无疑会进一步加剧监察立法权限扩张的无序性,不仅会架空人大的国家立法地位,更会直接危及监察法治;另一方面,国家监委立法权限的行使亦存在诸多风险,指向创制性立法权限的扩散性风险和授权性立法权限的僭越性风险。对此,需采用系统化思维与类型化方法,从多个维度进行反思与完善。

(一) 监察立法权授予逻辑的反思及规约

1. 实践逻辑下“立法先行”现象与人大立法能力的提升

“立法先行,授权后置”彰显了专门立法权配置活动的“功能代偿”逻辑,即其他系统对人大系统立法功能不足的代为补偿。在监察法领域,这种代偿表现为监察立法权的配置及其权力行使。从系统论的角度出发,代偿是系统耦合失灵的补足,非国家系统运转的良好状态。因此,必须在理解监察立法权授予活动的基础上,对此类活动保持足够警惕,同时,对“立法先行,授权后置”现象的反思必须上升到系统高度,从整个系统中深掘原因并寻找应对之策。这启发我们以全国人大及其常委会立法能力的提升为系统密钥,重新启动系统间结构耦合下的正向循环——“系统刺激—有效回应—结构再生产”,以抑制其他子系统的立法冲动,减少擅自立法与超越立法权限立法的先行立法行为,尽量避免此类突破法治常规的活动对人大立法主导地位及其立法权体系造成冲击。这是从源头防止监察立法权肆意扩张、始终保持监察立法等专门立法补充地位的系统性应对方法。

有鉴于此,应不断提升全国人大及其常委会的立法能力。当然,人大立法能力的提升属于复杂的系统性工程,绝非易事。对此,传统理论提供的进路不外乎三种:一是增加全国人大及其常委会会议次数与会期,保障立法审议等立法程序与立法过程的有效运行^①;二是推进建立人大代表专职化制度^②;三是不断提升立法

① 钱大军《立法权的策略配置与回归——一个组织角度的探索》,《现代法学》2020年第2期,第15页。

② 邹平学《论健全完善人大代表执行代表职务的保障制度》,《求是学刊》2005年第4期,第72—77页。

技术,利用大数据时代的便捷优势及人工智能算法的工具优势,获取更全面的立法决策资料与信息^①,从而总体提升立法质量、效率与前瞻性。这对系统提升人大立法能力自然不无裨益,但前两条路经年呐喊,却无寸进,后一条路虽有效果,却难提纲挈领地展开。不妨先从以下两个方面入手:一方面,持续完善国家立法体制机制,依据重大程度及复杂程度对包括监察事项在内的立法事项进行类型化、谱系化与规范化建构,助力全国人大及其常委会之间立法分工的优化,在避免全国人大立法科层化问题的同时,赋予全国人大常委会立法更多的正当性,全面释放其立法势能,提升立法效率与科学性;另一方面,继续加强组织机构建设,通过增加或独立分设与各国家治理子系统职能对应的专门委员会,完善全国人大及其常委会内设组织机构设置,具体到监察领域,可以分设全国人大监察和司法委员会,将监察专门委员会独立设置,由其履行包括研究、审议和拟订有关监察法律案在内的监察专门职责,以提高全国人大及其常委会关于国家监察事项立法的专业化程度与效率。

2. 制度逻辑下授权基准规范化不足与授权方式升级

专门立法权实践逻辑的提炼,既表明专门立法权配置须遵循身份与职权的基准限制,也表明国家监委立法权限扩张并不存在实质基准障碍。若要防止监察立法权限无序扩张,实质基准规范化并不能带来太多助益。这就需要进一步结合专门立法权授予的形式基准,对监察立法权的授予方式进行省思,促进形式基准规范化。如果说实质基准是对被授权机关提出了身份与职权要求,那么形式基准即是对授权机关提出了授予方式要求。虽然监察立法权的配置本身并不存在底层逻辑基准上的障碍,且当前选择以决定的方式授予国家监委法规制定权实属权宜之计,但以决定的形式进行授权终究还是烙下了较为明显的方式瑕疵,其中潜藏着合宪性危机。

尽管全国人大宪法和法律委员会在《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定(草案)〉审议结果的报告》中强调,“由全国人大常委会作出关于国家监察委员会制定监察法规的决定,是必要的,符合宪法和监察法的原则和精神”,但是,根据《宪法》第一百二十四条第三款之规定,“监察委员会的组织和职权由法律规定”,这意味着监察委员会职权若需拓展,当以“法律”而非其他的方式进行。那么,该款所言之“法律”是否可以解释为全国人大常委会的“决定”呢?如果答案肯定则已,如果答案否定,则以《决定》形式配置监察立法权可能存在方式上的瑕疵。遗憾的是,根据文义解释和体系解释可知,宪法上的“法律”有且仅有“全国人大及其常委会制定的法律”之含义。《宪法》当中虽有“决定”一词,但其仅指国家权力机关立法权、监督权和人事任免权之外的重大事项决定权,显然并无“法律”之义,因为如果二者含义相同,那定然没有同时存在的必要,如果二者存在包含关系,倒是有可能,然穷尽宪法文本,也无法得出“法律”包含“决定”,或者“决定”包含“法律”的结论。质言之,以决定的方式授予国家监委监察法规制定权,有违监察职权须以“法律”形式具体化的宪定要求。针对授权方式的瑕疵问题,应当对现时与未来两个维度进行反思及改进。

其一,应在现时性维度上展开针对监察立法制度的规范补漏。于当前监察立法实践而言,亟待完善指导和规约监察立法行为的主体、形式、程序和备审类规范。对此,当务之急应当是制定《监察立法工作条例》:通过主体的限定来完成监察规范制定权的内部配置,以防止地方监察委员会的立法僭越;通过形式的规范来奠定不同立法权限有序行使的基础,以避免以往实践中法规制定形式混乱所导致的立法失序乃至失度的问题;通过程序的科学设置来提升法规制定质量,同时降低法规越界之风险;通过备案审查制度的有效构建来构筑内部备审与外部全国人大常委会备审相结合的事前事后双审双控体系,以有效限制国家监委法规制定权行使的潜在恣意。

其二,应在未来性维度上追求授权方式的全面升级。决定授权瑕疵的修复及其合宪性危机的应对唯有正式立法一途,这不仅是因为决定授权本身存在局限性,具有能授权却不能有效控权的天然缺陷,无法满足立法权扩容后的法治化需求,更是因为监察职权须由法律具体化的宪定要求。因此,以法律的形式正式配置监察立法权不仅非常重要而且相当紧迫。具体而言,修订《立法法》是授权升级的最优选择。理论界早有学

^①钱大军《立法权回收中人工智能的应用及其悖反》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期,第94—102页。

者呼吁通过《立法法》授权国家监委制定监察法规^①,遗憾的是并无研究者具体论证。实际上,选择《立法法》作为授权途径的理由在于:一方面,《立法法》是调整国家机关之间及央地之间立法关系的专门规范,规范着立法权行使的整体秩序,具有功能专门性和体系完备性优势,故而由其授权可以更加规范地将监察法规纳入国法体系,使监察立法合理加入立法分工体系,并有效接入备案审查控制体系;另一方面,监察立法权由国家立法权派生,属于立法分工中的一环,其既要接受人大立法权的优位性支配,还要与行政立法权衔接配合,同时要与地方立法权融贯协调,最终还须接受系统备审,而这无法通过修改《监察法》或者未来可能制定的《监察组织法》等割裂性授权方式予以贯通;第三,监察立法权的完整配置涉及立法权限、立法事项、立法程序、立法效力、立法备审等众多问题,尤其是关乎法律保留制度能否以及如何有效限制法规制定权限的问题,除了《立法法》之外的其他法律,包括《监察法》和《监察组织法》,虽然可以概括确认式授权,但都不具有这样的容纳和整合能力,况且同类型其他法律也不存在一并规范的惯例。

(二) 监察立法权限行使之反思及规约

表观而言,《决定》似乎已经非常明晰地规定了监察立法权限的大小及有无,即国家监委既可以就“为执行法律的规定需要制定监察法规的事项”进行执行性立法,还可以就“为履行领导地方各级监察委员会工作的职责需要制定监察法规的事项”进行创制性立法,但不可以根据全国人大及其常委会的专门决定就法律相对保留事项进行授权性立法,因为其并无法律的解禁授权。简约的授权决定未能使两类权限得到准确且周延的限定,从而可能引发监察立法权行使的诸多风险。

依据权限类别可将这些风险划分为两种:一是创制性立法权限的扩散性风险,《决定》只授予了国家监委就领导地方各级监察委员会的管理性事项进行创制性立法的权限,并未授予有关公职人员的监督性管理事项的立法权限,然而,由于领导性管理事项极易涵摄监督性管理内容,导致法规效力往往进入监察关系的所有公职人员,这表明决定权限范围的两类事项之间的界限是如此脆弱,以至于前者可能随时侵入后者的疆域,尤其是在具体的立法权力行使场景中;二是授权性立法权限的僭越性风险,授权性立法权限与创制性立法权限的关键区别是,前者只受法律保留原则的相对限制,而后者却受法律保留原则的完全限制,这意味着如若有关监察事项的法律保留图谱不能得到体系化建构,现有法律保留事项清单得不到更新,后者可以任意僭越前者的权限范围。

为严格且有效履行《决定》,其一,就属于执法性风险的创制性立法权限风险而言,一方面,国家监委需要创造性运用“区隔原则”,严格且有效地区分对人员的监督性管理事项和对下级监察机关的领导性管理事项,稳健推进权限范围内的创制性法规制定工作;另一方面,应当清晰设定创制性立法越界即违法的备案审查标准,敦促国家监委严格行使创制性立法权限。其二,就属于制度建构类风险的授权性立法风险而言,其主要风险点在于应当予以设禁的监察事项没有设禁。依据一般法律保留原理,监察机关处置职权中的实体法(犯罪与刑罚)相关事项、政务处分中剥夺公民政治权力的事项、留置措施事项、反腐败国际合作事项、监察程序与诉讼程序的衔接事项和各级监察委员会的产生、组织和职权事项等应当都属于法律保留的范围,而且前三项还应当归于法律绝对保留的范畴,然而囿于决定授权形式的局限性,此类事项未得到明确规范。如此一来,创制性立法权僭越的风险便会显著加剧。对此应当分层应对:一是体系化建构监察法律保留事项图谱,在理论上梳理出法律所保留的监察事项之范围与种类,划定绝对保留与相对保留的基本界线,做好面向实践的理论准备;二是国家监委需要清晰认知创制性立法与授权性立法的有界性,在创制性立法权的行使过程中遵循谦抑性理念,同时应当在监察机关内部逐步构建起全过程式的监察法规合法性审查机制;三是及时更新法律保留事项的内容,规范吸收和增列需要法律保留的监察事项,有效填补因法规制定权主体扩容产生的法律保留制度漏洞。

[责任编辑:苏雪梅]

^①李红勃《监察法规的法律地位及其规范体系》,《现代法学》2019年第5期,第36页。