

全国人大决定行权方式的全面规范化^{*}

——以《中华人民共和国立法法》第68条为制度支点

谭清值

(西南政法大学智能司法研究院,重庆 401120)

摘要:全国人大决定行权方式的全面规范化是宪法全面实施的内在要求,因而其具有显著意义。2023年《中华人民共和国立法法》第68条特别规定,全国人大及其常委会作出“有关法律问题的决定”适用《中华人民共和国立法法》的有关规定。该适用规则成为全国人大决定行权方式全面规范化、制度化、程序化的一个最重要的制度支点。全国人大决定行权方式的规范化命题蕴含三个子议题:一是规范类型上,全国人大决定行权方式包含抽象规范性决定、具体规范性决定和政策性决定三种规范类型;二是效力原则上,效力分层原则、程序判断效力原则构成了全国人大决定行权方式复合效力原则的核心;三是拣选标准上,“形式与内容的合比例性”构成了全国人大拣选决定行使方式的总理据,经立法程序决定之拣选标准的本质是立法便宜主义的政策考量,非经立法程序决定的拣选标准首先要考虑法律保留原则。

关键词:全国人大;《立法法》第68条;有关法律问题的决定;有关重大问题的决定;宪法全面实施

中图分类号: DF01 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512(2024)01-0025-16

DOI: 10.15984/j.cnki.1005-9512.2024.01.002

一、问题的提出

2023年修改的《中华人民共和国立法法》(以下简称:《立法法》)有诸多亮点内容,其第68条新增规定“全国人民代表大会及其常务委员会作出有关法律问题的决定,适用本法的有关规定”是亮点之一。本次修改回应了学界一直以来对全国人大及其常委会以“有关法律问题的决定”行权的质疑,对于全国人大决定行权方式的规范化将发挥举足轻重的作用。法律和决定是全国人大及

作者简介:谭清值,西南政法大学智能司法研究院副教授、法学博士。

*本文系国家自然科学基金青年项目“人大监督中全过程人民民主的法治保障研究”(项目编号:23CFX002)和西南政法大学智能司法研究院专项课题“数字法治时代企业合规与备案审查的互动研究”(项目编号:ZNHG2022K12)的阶段性成果。

其常委会权力运作的两种基本方式。^[1]虽然 2023 年《立法法》规定的“有关法律问题的决定”只是决定的类型之一,且限于同国家立法权紧密相关的内容,但它是全国人大决定行权方式全面规范化的绝对重要的内容构成。有鉴于此,本文将《立法法》第 68 条作为一个最重要的制度支点,聚焦于全国人大决定行权方式的全面规范化、制度化、程序化问题,实现全国人大及其常委会职权内容与决定行权方式的妥当匹配。党的二十大报告指出:“加强宪法实施和监督,健全保证宪法全面实施的制度体系,更好发挥宪法在治国理政中的重要作用,维护宪法权威。”^[2]在宪法全面实施背景下,全国人大决定行权方式的规范化具有显著的意义。

本文的学术用语需做两点交代。一是出于行文简约的考量,“全国人大”用语一般包含其常委会,但结合语境专指全国人大自身的除外。二是本文统一使用“决定”指称全国人大行权产生的决定、决议这类文件。有学者作出理论区分,认为“决定”具有实体规定性和行为规范性,“决议”则只是对已有文件或事件的表态或宣告。^[3]但是,全国人大及其常委会的实践做法没有这样的严格区分,时常将两者混而用之。^[4]

在既往研究中,围绕本议题主要从三个方面展开。一是决定的名实之辨。将全国人大常委会制定的与法律实施密切相关的特别决定称作“准法律决定”,它体现为以决定权之名行立法权之实,或是立法权与决定权共同行使的结果。^[5]但上述争辩似乎疏忽了全国人大兜底职权这一权源基础。二是决定和法律的区分方法。形式与实质相结合的区分方法主张,从名称、制定程序和实质内容这三个标准进行区分。^[6]单纯形式的判断方法认为,仅借助制定主体、公布主体及制定程序区分更为可靠。^[7]毋庸置疑,这样的区分研究是富有价值的,但它忽视了决定的内部构造,没有深层次探究繁杂决定文本背后的宪法权力基础。三是决定的效力认定。决定的效力认定应坚持宪法至上、正当程序、科学立法、民主立法等原则。^[8]除了原则化的效力认定外,亦有见解一概认为决定效力应当低于宪法、法律以及立法解释,但高于行政法规、地方性法规和规章。^[9]其实,决定的效力呈现出更为复杂、多元的局面。

在汲取前述有益成果的基础上,为了实质地解决问题,本文在思路方法上特别注意两个方面。一是全国人大兜底职权行使方式的规范化。在全国人大具体职权中,全国人大兜底职权行使方式

[1] 在《全国人民代表大会常务委员会公报》中第一次出现“有关法律问题的决定”,系 1984 年时任全国人大常委会副委员长陈丕显在工作报告中提出,即“加强立法工作,健全社会主义法制,是全国人大常委会的一项重要职责。近一年来,常委会审议通过了五个法律,五个关于修改、补充法律的决定,两个有关法律问题的决定”。陈丕显:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——1984 年 5 月 26 日在第六届全国人民代表大会第二次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》1984 年第 2 号。

[2] 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗:在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,人民出版社 2022 年版,第 41 页。

[3] 参见蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社 2003 年版,第 316-317 页;刘松山:《全国人大及其常委会决议与决定的应然界分》,载《法学》2021 年第 2 期。

[4] 譬如,1982 年《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》、1992 年《关于兴建长江三峡工程的决议》、2013 年《关于调整完善生育政策的决议》等就涉及诸项实体和行为问题,但采用的仍是“决议”的名称。

[5] 参见王竹:《我国到底有多少部现行有效法律——兼论“准法律决定”的合宪性完善》,载《社会科学》2011 年第 10 期;秦前红、刘怡达:《“有关法律问题的决定”:功能、性质与制度化》,载《广东社会科学》2017 年第 6 期。

[6] 参见王竹:《我国到底有多少部现行有效法律——兼论“准法律决定”的合宪性完善》,载《社会科学》2011 年第 10 期;江辉:《有关法律问题的决定与法律的区别》,载《人大研究》2012 年第 1 期。

[7] 参见陈鹏:《全国人大常委会“抽象法命题决定”的性质与适用》,载《现代法学》2016 年第 1 期。

[8] 参见金梦:《立法性决定的界定与效力》,载《中国法学》2018 年第 3 期。

[9] 参见秦前红、刘怡达:《“有关法律问题的决定”:功能、性质与制度化》,载《广东社会科学》2017 年第 6 期。

的规范化最为艰难。二是全国人大决定行权方式同人民代表大会制度的基本原理相契合。

二、全国人大决定行权方式的细分类型及其属性

全国人大及其常委会行使宪法赋予的诸多职权,开会审议是其基本运作过程,而后总是以“法律”“决定”这两类方式向外公布。结合全国人大决定行权方式的规范和实践特征,可以将决定方式细分为规范性决定和政策性决定,但两者的本质属性存在差异。为了凸显决定行权方式的特质,并形成一個圓滿的認知體系,下面筆者首先簡略闡釋發展性法律這一行權方式。

(一)发展性法律:严格版宪法限权论的产物

法律是全国人大立法权的当然外化形式,这是不言而喻的。此处所关心的核心问题是,宪法上全国人大立法权之外的人事任免权、监督权、决定权以及兜底职权(以下统称其为:非立法职权)的行使,在一定条件下是否也可以采行法律的方式。

法律可以成为全国人大非立法职权媒介性、阶段性行使的方式。此处所谓的媒介性、阶段性行使,是指通过法律的方式将宪法上人大的非立法职权具体化,但非立法职权对外发生个案效力,还有赖于人大作出具有个别法效力的决定。为了消除可能存在的疑义,就需要厘清全国人大立法权和其他职权的关系。现行《中华人民共和国宪法》(以下简称:《宪法》)第62条第3项和第67条第2项、第3项分别规定了全国人大和其常委会的立法权。从现行《宪法》对立法权规定的内部形式结构看,全国人大及其常委会的立法权条款与其他职权条款处于“并列”关系。该并列关系不意味全国人大立法权处于不受任何约束的状态。

全国人大非立法职权与其立法权的关系,同宪法和法律之间的定位有紧密关联。围绕“根据宪法,制定本法”的学术争论,有三种典型的主张。一是宪法授权论,认为全国人大的立法需获得宪法的授权,那些没有规定“根据宪法”的法律,也是间接依据宪法制定。^[10]但宪法授权论无法为宪法和法律关系的厘清提供实质理据。二是宽松版宪法限权论,认为宪法的功能是限制权力行使的范围,但为了社会公共利益的需要和有效履行职责,立法机关可以在宪法的“不得为”的范围以外制定法律,而无需在宪法上找到明确的授权。^[11]该论对于国家立法权的限制是相当宽松的,因此实际的规范指导力较弱。三是严格版宪法限权论,认为在行使立法权时,全国人大应当遵循发展性立法具体化、确认性立法不抵触的法源原则。^[12]以公法为主要内容的发展性立法,遵循将宪法具体化的原则,不能仅强调立法活动的消极不抵触;以民商事法律为代表的确认性立法,应当只遵循消极不抵触的原则。严格版的宪法限权论更为契合立宪主义精神,使得全国人大非立法职权的宪制能量获得释放。

按照严格版宪法限权论,全国人大非立法职权的相关立法属于公法的范畴,当归入发展性立法,遵循宪法具体化原则。具体而言,宪法针对全国人大立法权的规定,仅是一种形式上的授权,作为立法活动的权源依据。在内容依据层面,全国人大的发展性立法须获得明确、有力的宪法基础,宪法列举的全国人大人事任免权、监督权和决定权正是规范依据。若没有宪法明确列举的人大职权依据,经

[10] 参见童之伟:《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》,载《中国法学》2007年第1期。

[11] 参见苗连营、程雪阳:《“民法帝国主义”的虚幻与宪法学的迷思——第三只眼看“根据宪法,制定本法”的争论》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期;马岭:《宪法原理解读》,山东人民出版社2007年版,第246-247页。

[12] 参见叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,载《法学家》2013年第5期;夏正林:《宪法的“根本法”说之辩立——驳“母法”说》,载《西南政法大学学报》2023年第2期。

过审慎地研判论证,全国人大兜底职权便可作为发展性立法的内容依据。全国人大兜底职权包含着默示立法权的内容,即“全国人大在必要时有权行使宪法未明确规定的某些立法职权。根据这一规定,当全国人大认为有必要制定某些法律而并无直接法律根据时,即可以依照这条规定予以制定”。^[13]总之,发展性法律是全国人大非立法职权的行使方式之一。

(二) 决定行权方式的规范基础与类型化标准

全国人大及其常委会能够以决定的方式行使其职权,该论断具有实证法的规范基础。现行《宪法》第 62 条第 12 项规定,全国人大有权改变或者撤销其常委会不适当的决定。2021 年《全国人民代表大会会议事规则》第 26 条第 2 款提及“有关法律问题的决定”并规定了其审议程序。2022 年《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》第 35 条第 3 款中正式提及“有关法律问题或重大问题的决定”,并规定了它的审议程序。可见,决定是全国人大及其常委会行使职权的方式。1982 年《宪法》的修改史亦可佐证前述论断。现行《宪法》第 58 条规定,全国人大和其常委会行使国家立法权。^[14]其实,宪法修改草案在此条之后还有一款,即“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会通过的除了法律以外的决定、决议统称法令,法令具有法律同等的约束力”。在讨论中有人提出,“法令”一词最早出现于 1954 年《宪法》,系从苏联翻译而来;“法令”一词的具体含义是什么,它与法律有什么区别,很长时期以来没有说清楚。既然宪法规定“法令具有和法律同等的约束力”,何不把它也叫作法律。因此,现行《宪法》取消了“法令”一词。^[15]通过这一修宪史实,可以窥探到修宪者的原初意图,全国人大及其常委会均有权以决定方式行使职权。

纵览他国议会行使职权的方式,亦存在区别于法律的其他类文件。譬如,法国议会除了通过法律,也通过诸多的非立法性文件。非立法性文件中的动议,有关于议会的立法程序,亦有事涉行政权(如监督政府,或向总统表明议会对某一问题的态度)。^[16]美国国会除了通过法律外,亦可作出联合决议(joint resolution),它涉及立法附带目的、拨款转账、债务限额调整、宪法修改等诸多事项。^[17]葡萄牙议会及其常设委员会根据不同职权而采用不同法令形式,其中包括动议、决议。^[18]这些例证在一定程度上可以支持全国人大以决定行使其职权的论断。

作为全国人大职权行使方式的决定,既包括行宪性决定,也包含执法性决定。这两类决定的区分标准是作出决定的直接规范依据是宪法还是法律。行宪性决定直接依据宪法,执法性决定直接依据法律。全国人大可以直接依据宪法规范行使其职权,而不是必须先制定法律再执法。习近平主席在纪念现行宪法公布施行四十周年之际指出:“要完善宪法相关规定直接实施工作机制,充分发挥宪法在应对重大风险挑战、贯彻‘一国两制’方针、推进祖国统一进程、维护国家安全和社会稳定中的重要作用。”^[19]全国人大直接依据宪法行权,是我国宪法相关规定直接实施工作的一部分。需要注意的是,全国人大及其常委会依据法律作出决定,而该法律的权力事项基础是宪法上的全国人大职权条款,这

[13] 周旺生:《立法法》,法律出版社 2009 年版,第 209 页。

[14] 此处“国家立法权”中的“立法”,应作为实质意义的立法加以理解,而不是形式意义的立法含义。《日本国宪法》第 41 条“国会是唯一的立法机关”之规定中的“立法”,也被理解为实质意义的立法。参见[日]芦部信喜:《宪法》(第六版),高桥和之补订,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社 2018 年版,第 233-234 页。

[15] 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 164 页。

[16] 参见许振洲编:《法国议会》,华夏出版社 2002 年版,第 144-146 页。

[17] See Richard S. Beth, *Bills and Resolutions: Examples of How Each Kind Is Used*, CRS Report 98-706(2004).

[18] 参见朱福惠主编:《世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)》,厦门大学出版社 2013 年版,第 437 页。

[19] 习近平:《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行 40 周年》,载《人民日报》2022 年 12 月 20 日,第 1 版。

类决定的情形仍属于执法性决定,而不属于全国人大职权行使的行宪性决定。^[20]

为了获得更精细化的认识,可以按照两个特性,将全国人大决定行权方式予以区分。一是根据决定内容是否包含规范性语义(它能够指示规范的对象该当何为,即为规范对象设置了可资遵循的行为准则),可以将决定区分为规范性决定和政策性决定。政策性决定就不包含规范性语义的内容,而是一些倡议性、宣示性的内容。二是专门针对规范性决定,根据决定适用对象的特性(集中表现为规定权利义务、权力责任是否具有完结性),可以将规范性决定区分为抽象规范性决定和具体规范性决定。抽象规范性决定是针对不特定对象,其规定的权利义务或权力责任不具有完结性,后续尚依赖于个案执行,因此可被反复适用;具体规范性决定是针对特定对象,其规定的权利义务或权力责任具有完结性,仅能被单次执行。值得注意的是那类适用对象初始不特定,但可以依据一般特征(时间或空间)得到确定的,也应当归入对象特定。决定文本适用对象的非特定性,一般可以确定有关决定文本的可反复适用性,且后者往往成为判断某决定是“具体”或“抽象”辅助标准。

(三) 抽象规范性决定

抽象规范性决定与之前学者所概括的“抽象法命题决定”具有相似性,^[21]它包含能够获得普遍适用的规范性语义。需要甄别的是,关于法律的解释、修改、废止活动也会产生相应的抽象规范性决定,但它们实质上是立法权能运作的产物。法律的解释、修改、废止之外的那些制定补充型抽象规范性决定,才是值得关注和研究的。全国人大常委会分别作出的2000年《关于维护互联网安全的决定》、2014年《关于设立国家宪法日的决定》、2016年《关于实行宪法宣誓制度的决定》等,就属于制定补充型的抽象规范性决定的典型例证。实际上,根据2023年《中华人民共和国立法法》(以下简称:《立法法》)第68条作出的“有关法律问题的决定”,是这类制定补充型抽象规范性决定的重要构成之一。

制定补充型抽象规范性决定的存续受到实用主义立法观的影响。1954年《宪法》和1975年《宪法》没有赋予全国人大常委会足够的立法权。为了满足转型社会对立法的需求,全国人大常委会便模糊化处理法律的制定权限,继而依各种“法外”决定塑造转型中国的法律秩序。这类决定是特殊历史情势下的必然选择,一定程度上表征着我国人民代表大会制度的有效运用。^[22]这种实用主义的立法观,在较长的一段时间得以延续。例如,1983年全国人大常委会制定了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》,并以主席令的方式予以公布,成为“法律”。^[23]

在本质属性上,制定补充型抽象规范性决定不是立法权的行使结果,它的权源基础应当归为全国人大兜底职权。不过,抽象决定和法律一样可以被反复适用,它们所规定的内容具有权利义务、权力责任未完结的特性,均需要再次实施具体行为确定其法效果。在全国人大兜底职权内在构成的意义上,可以将制定补充型抽象规范性决定的权源基础理解成作为“剩余国家立法权”的全人大兜底职权。那种“以决定方式行使立法权”的应然见解,在2000年制定《立法法》之前可以得到理解,但是,若在其后仍然坚持该论,就明显违背《立法法》规定的立法程序了。“以决定方式行使立法权”的论者已富有反思性地认识到,“以决定方式行使立法权,带来不少问题和争议”。^[24]虽然2023年《立法法》

[20] 参见谭清值:《人大授权改革试点制度的运作图式》,载《南大法学》2021年第3期。

[21] 参见陈鹏:《全国人大常委会“抽象法命题决定”的性质与适用》,载《现代法学》2016年第1期。

[22] 参见金梦:《我国立法性决定的规范分析》,载《法学》2018年第9期。

[23] 参见王汉斌:《关于修改〈人民法院组织法〉〈人民检察院组织法〉的决定和〈关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定〉等几个法律案的说明》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》1983年第4号。

[24] 参见江辉:《论全国人大及其常委会以决定方式行使立法权》,载《环球法律评论》2023年第1期。

第 68 条规定了“有关法律问题的决定”的适用依据,但该条的宪法基础仍然应当是全国人大兜底职权这一权力弹性机制。

(四) 具体规范性决定

根据是否具有宪法法律列举的依据,具体规范性决定可以分为有明确职权依据的决定和无明确职权依据的决定,前者是全国人大及其常委会列举职权(主要是人事任免权、监督权、决定权)行使的产物,后者宜归入全国人大兜底职权的范畴。全国人大常委会作出的 2001 年《关于我国加入世界贸易组织的决定》、2009 年《关于授权澳门特别行政区对设在横琴岛的澳门大学新校区实施管辖的决定》、2014 年《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》等,属于无明确职权依据型具体规范性决定的代表。基于该类具体规范性决定的特征,它与学说上讨论的“个别法”“具体法”之间具有显著关联。

不同国家的立法体制对于“个别法”的认识和容许性存在差异,并没有统一的答案。法国基于平等原则否认“个别法”。1789 年法国《人权与公民权利宣言》第 6 条规定:“法律对于所有的人,无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前,所有的公民都是平等的,故他们都能平等地按其能力担任一切官职、公共职位和职务,除德行和才能上的差别外不得有其他差别。”^[25]1958 年《法国宪法》序言援引 1789 年《人权与公民权利宣言》并确认其效力。德国基于权力分立原理部分地否定“个别法”的存在。《德国基本法》第 19 条第 1 款规定:“依据本基本法,某项基本权利可以通过法律或依据法律予以限制,但该法律必须是普遍适用的,而不是个别适用的。”^[26]可见,在限制基本权利时,法律必须具有抽象性,在不涉及基本权利的领域,则没有禁止“个别法”。英美法系国家的私人立法(private legislation)则承认了“个别法”的存在。以美国为例,私人法案针对特定的个人、组织或机构等,不具有普遍的适用效力,而公共立法(public legislation)涉及公共事件,应对的是一类人。私人立法是国会权力的非常运用,是一般法律的例外。它的主要目的是纠正现有法律之下权利不能获得救济的不公,并且是作为最后的救济手段。^[27]私人立法的宪法权力之规范基础是美国宪法第一修正案中针对国会的禁止规定——“不得剥夺人民向政府请愿伸冤的权利”,以及国会享有偿付国债的权力。^[28]因此,“个别法”的容许性、表现形式等问题需要结合各国的宪法和立法制度进行个案式判断。

我国立法体制对于“个别法”的态度较为复杂,存在名与实的辩证关系。根据 2023 年《立法法》第 7 条第 2 款“法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性”之规定,难以解释出我国立法体制禁止“个别法”。回归立法实践,全国人大及其常委会实际制定的以“法”冠名的法律并不存在“个别法”的实例,但其制定的诸多具体规范性决定又切实发挥着“个别法”的功能与作用。因此,我国立法体制中没有“个别法”之名,却有“个别法”之实,它主要表现为具体规范性决定。如果寻根究底,则该类无明确职权依据型具体规范性决定的宪法基础,可以归入全国人大兜底职权规范。

(五) 政策性决定

在实践中政策性决定仍然大量存在。例如,2009 年全国人大常委会作出《关于积极应对气候变化的决议》,其决定:“应对气候变化是我国经济社会发展面临的重要机遇和挑战,应对气候变化必须

[25] 转引自[德]耶里内克:《人权与公民权利宣言》——现代宪法史论,李锦辉译,商务印书馆 2017 年版,第 60 页。

[26] 朱福惠主编:《世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)》,厦门大学出版社 2013 年版,第 187 页。

[27] See Matthew Mantel, *Private Bills and Private Laws*, 99 *Law Library Journal* 87 (2007).

[28] 美国法院已有将国会该项权力中的“债务”一词解释为包括了道德或名誉债务(moral or honorary debts)。See Bernadette Maguire, *Immigration: Public Legislation and Private Bills*, University Press of America, 1997, p.2.

深入贯彻落实科学发展观……努力提高全社会应对气候变化的参与意识和能力。”该决议的内容不属于行为规范,不蕴含规范性语义,只是全国人大常委会表达应对气候变化的一些政策或意见。该类决定可以指向国外,表达全国人大的感谢、谴责、警告等意见和情绪。比如,1983年全国人大常委会作出《关于外交工作报告和谴责美国国会制造“两个中国”严重事件的决议》,针对美国国会制造的“两个中国”严重事件,表示“极大愤慨和严厉谴责”。

政策性决定的权源基础,可归入全国人大兜底职权体系。全国人大兜底职权包含固有意义上的那类职权,它们没有明确的权源依据,但在整个国家权力结构与最高国家权力机关地位相吻合。^[29]政策性决定没有明确的宪法和法律依据,它主要是针对某问题或事件表达政策性意见、态度和观点,其内容对公民权利与义务、国家机关权力与责任没有任何实质的直接影响。最高国家权力机关以决定的方式作出该类政策性文件,不存在同中国宪法上基本原则和规范(主要有民主集中制原则、权力分工原理以及人民民主原则)相抵牾的情形。总之,全国人大及其常委会作出政策性决定,具有中国人大制度上的容许性。

三、全国人大决定行权方式的复合效力原则

规范文本形式与内容的一般特性,决定了全国人大决定行权方式效力体系的基本原则,包括效力分层原则和程序判断效力原则。然而,一些功能性因素的考量与权衡,使得程序判断效力原则存在例外状态。

(一)效力分层原则:决定呈现三种效力形态

域外有些国家和地区议会作出的那些没有明确宪法依据的决定,普遍不具有规范拘束力。^[30]呈现此种决定普遍无效论的原因可以归于诸多方面,比如维护法律保留原则、维护立法程序的完整性、彰显立法的功能等,但寻根究底,维护宪法所确立的权力分立原则是最终的理由依据。权力分立的对象,是一种人群共同生活的积极性秩序,这一秩序构建了各种国家权力,决定并限制了它们的权限,规范了它们的共同行为,并且以这种方式形成了一个有限的国家权力统一体。在权力分割(禁止越界行使原本配置给其他机关的权力)与权力均衡(权力之间的相互监督与牵制)之中,才能认为权力分立原则的内容与适用范围。^[31]德国、法国、日本、美国等国家,均确立了权力分立原则。在没有明确宪法法源的情形下,议会以非立法程序通过的决定,如果能够直接构成对其他国家机关的强制拘束,那么无疑肯认了立法机关在国家权力结构中具有支配性权力,这无疑破坏了权力分割的界限,动摇了权力之间必要的制约,构成了决定这一形式的滥用。^[32]

一般以为议会主权而非权力分立原则构成了英国的国家组织原则,因此有必要专门探究英国的情况。人们时常对议会主权存在偏颇的理解,认为英国议会具有全权的特性。其实,在论及议会主权时,往往忽视了“王在议会”(the King in the Parliament),该原则系用以调和议会最高性和君权神圣性

[29] 参见谭清值:《全国人大兜底职权的论证方法》,载《环球法律评论》2021年第5期。

[30] 参见黄昭元:《立法院决议的效力——规范形式与效力的关系》,载《台湾本土法学》2001年第21期。

[31] 参见[德]黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第375-381页。

[32] 例如,1958年《法兰西共和国宪法》第34甲条规定:“议会两院按照组织法确定的条件通过决议。决议提案若被政府认为其通过或否决具有涉及政府责任问题的性质,或其中包含对政府的禁制令,则为不可接受且不得纳入议程。”朱福惠主编:《世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)》,厦门大学出版社2013年版,第228页。

的矛盾。因此,英国议会的法案经过三读程序后,依循惯例,须获得女王的御准,方才成为正式的法律。若议会自身通过的决定,就可以对行政部门、司法部门等国家机关形成强制拘束力,则是对“王在议会”原则的致命摧毁。

若亦步亦趋于他国议会的实践及理论,似乎全国人大直接根据兜底职权条款作出的决定,不应当具有规范拘束力。因为全国人大兜底职权条款并未明示,全国人大可以经由决定的方式行使职权,继而无法作为它的明确宪法依据。然而,决定无效论面对全国人大的理论与实践时,将遭遇尴尬的境地。其一,人民代表大会制政体的组织原则是“民主集中制”,而非“权力分立”。正是在民主集中制原则的塑造下,全国人大在整个国家权力结构中具有优越的宪法地位。在民主集中制的语境中全国人大依据兜底职权条款作出的决定,在当前宪法秩序中并非当然无效。其二,决定普遍无效论违背了全国人大在此方面的普遍实践。通过细致梳理,全国人大及其常委会依据兜底职权条款,作出了诸多的决定。如果这些已有的决定没有规范拘束力,将对之前由这些决定所塑造的基本秩序构成挑战。理论不应恣意裁剪事实,而应考虑作为效力之条件的实效。

鉴于前述讨论,本文提出全国人大决定行权方式的效力分层原则:依据决定内容的特性,它具有三种效力形态。

一是决定的普遍规范拘束力。虽然有些决定有着“决定”的名分,但从规范的对象来看,它具有法律的一般性特征。这类抽象规范性决定,就具有普遍的规范拘束力。比如,1985年全国人大常委会作出《关于教师节的决定》,决定9月10日为教师节。^[33]该内容就具有普遍的规范拘束力。

二是决定的个案规范拘束力。实际上,与前一类决定相对照,该类决定属于具体规范性决定。决定的个案规范拘束力,意味着决定所规定权利义务、权力责任的法效果具有完结性,它已经对公民、国家机构产生了实际的影响。若出现新的抽象规范性决定与旧的具体规范性决定内容不一致的情形,则不影响后者的效力。此情形所涉及的实质问题不是效力冲突,而是类似于“法不溯及既往”。例如,1991年全国人大常委会作出《关于批准武汉、九江、芜湖港对外国籍船舶开放的决定》。因为该决定针对武汉、九江、芜湖港这些特定的内河港口作出,所以它仅具有个案的规范拘束力。若这些地方之外的港口要对外国籍船舶开放,就需要再次经过全国人大常委会批准。该决定最后规定:“今后,我国再有其他内河港口需对外国籍船舶开放时,授权国务院审批。”这一表述恰好可以生动注解该类决定的个案规范拘束力。

三是决定的政治或道义拘束力。这类效力的决定属于政策性决定。也就是说,该类决定仅具有建议或参酌辨理的性质,全国人大及其常委会作出后,其他国家机关应当尽可能配合办理;如若不然,也不会产生强制执行、担负法律责任等后果。有学者用“议而可决”“议而不决”的情形来描述该类决定的效力特性,认为其通过讨论形成一定的意见和建议,但无法律上的约束力,只起到一种督促和表达人大意愿的作用。^[34]

事实上,域外诸国的代议机关经常作出这类仅具有政治或道义拘束力的决定。德国联邦议会作出没有任何法源基础的决定,没有规范拘束力。其所表现出的形态大致有表达特定的政治立场、表达政策之决定、要求政府对某些问题提出法律案、敦促行政机关提供资讯、对某一政策领域的现状及预

[33] 一个类似的例子是,1913年5月10日美国参众两院通过联合决议案,由威尔逊总统签署公告,决定每年5月的第二个星期日为母亲节。

[34] 参见刘文忠等:《地方立法的民主性与科学性研究专论》,法律出版社2009年版,第201页。

期的未来发展提出报告等。^[35] 这些决定只表明议会的愿望和要求,起着督促政府积极行政的作用。日本国议会对内阁的希望、劝告、警示等单纯的表示意思,因为不是建立法的规范,即使是议会两院的一致同意,也没有与法律同样的效力。不过,正是因为采取内阁制,行政权的行使对国政负连带责任,所以议会的决定对内阁具有政治和道义的拘束力。^[36] 在美国,除了宪法修正案的联合决议外,其余联合决议的性质属于法律,也与法律具有相同的制定程序,即必须遵循美国宪法所要求的“两院主义及送呈”条款(需经两院同意和总统批准)。^[37] 总之,给予制定联合决议更多程序性的保障以确保更为冷静的判断,而这些程序要求一般不适用于共同决议(concurrent resolution)和简单决议(simple resolution)。共同决议被发展为用于表达两院对事实的陈述、原则、意见及目标等内容的一种方式,也有以该类决议的形式授权联合委员会成立、议会的休会等事项。简单决议则用于处理单个议院的事宜。两者对外均不具有规范拘束力。^[38] 即使是在最强调“议会主权”的英国,议会的命令也只能以立法形式进行,以达到深思熟虑的效果。换言之,议会的意志只能以法案的形式表达;法官在适用法律时,根本不考虑议会的决定,它对法官没有规范拘束力。^[39]

厘清决定的三种效力形态及其分层原则具有重要的意义,能够防范决定这一行权方式对法秩序可能构成的冲击和破坏。根据法秩序的等级结构理论,法秩序并不是同位规范的体系,而系不同位阶法规范的等级秩序。某一规范的创制及其效力,皆可回溯至另一规范;后者之创制,复由其他规范所规制。经此回溯,可以行至“基础规范”,^[40]它是法秩序的最终效力根据,并维系创制链条之统一性。基础规范之下,是作为实在法最高位阶的宪法。在等级结构中次于宪法的,是依照宪法所定的立法程序及内容而创制的“一般规范”(形式意义的立法,指采取立法形式之一般法规范)。若抽象的一般规范要发挥实际的意义,就要个别化;行政和裁判,是法律创制过程的延续,它们属于“个别规范”。^[41]有的决定类似于“一般规范”,有的决定可归入“个别规范”,有的决定则在“规范”的外围。如果不明确决定复合分层的效力形态,我国统一的法等级秩序就将有陷入混乱的风险。

(二) 程序判断效力原则及其例外

1. 程序判断效力原则中的两项规则

程序判断效力原则的核心意旨是,某规范性文件的审议制定程序类型能够用于确定其所处的效力层级。从该原则可以推出两项规则:一是经立法程序的抽象规范性决定效力等于法律;二是法律的效力优位于非经立法程序的决定。

经过严格的立法程序制定的关于法律的解释、修改、废止决定以及“有关法律问题的决定”(性质上属于抽象规范性决定),它们同法律具有相同等级的规范拘束力。虽然规范性文件的冠名使用了“决定”,但它的制定程序和法律没有本质区别,亦均经过国家主席令予以公布。在此种情况下,制定主体、

[35] 参见甘超英:《德国议会》,华夏出版社2002年版,第227-228页。

[36] 参见[日]浅野一郎:《国会事典》,有斐阁1990年版,第225页;转引自罗传贤:《国会与立法技术》,五南图书出版有限公司2004年版,第307页。

[37] See Richard S. Beth, *Bills, Resolutions, Nominations, and Treaties: Origins, Deadlines, Requirements, and Uses*, CRS Report 98-728(2006).

[38] See Richard S. Beth, *Bills and Resolutions: Examples of How Each Kind Is Used*, CRS Report 98-706(2004).

[39] See A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty Fund, 1985, p.268-269.

[40] 阿列克西对凯尔森意义上的“基础规范”提出了质疑,他主张,一个既符合原则论据也符合不正义论据的基本规范表述是:“如果一部宪法是事实上被制定且具有社会实效的,那么只要这部宪法的规范并非极端不正义的,以符合正确性宣称的方式遵守这部宪法就是法律所要求的。”参见[德]阿列克西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第111页。

[41] 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第二版),雷磊译,法律出版社2021年版,第278-291页。

制定程序同法律没有任何差别,除去制定内容不看,至少在效力等级上,该类决定就应当被视为同法律具有相同效力,具有足量的规范拘束力。那么,该类经过严格立法程序制定的抽象规范性决定,就应当可以作为法院作出司法裁判的依据。例如,2005 年全国人大常委会制定了《关于司法鉴定管理问题的决定》,并经国家主席令予以公布。2015 年全国人大常委会作出《关于修改〈中华人民共和国义务教育法〉等五部法律的决定》,其中就包括《关于司法鉴定管理问题的决定》,该决定的效力等同于法律,应当作为司法裁判依据。

2023 年《立法法》进一步加强了“有关法律问题的决定”和法律的相同效力论。2023 年《立法法》第 68 条直接规定全国人大及其常委会作出的“有关法律问题的决定”适用《立法法》的有关规定。该条被规定在《立法法》第二章(“法律”)第五节(“其他规定”)之中,按照条文结构的安排,作出有关法律问题的决定适用《立法法》的“有关规定”,至少应当包括法律制定的程序规定。同时,《立法法》中有关法律问题的决定,不包括法律的解释、修改、废止相关的决定,因为它们在《立法法》中有专门规定,这需要特别注意。

除了经严格立法程序制定的关于法律的解释、修改、废止决定以及 2023 年《立法法》“有关法律问题的决定”之外,法律的效力优位于经人大一般议事程序制定的抽象规范性决定、具体规范性决定和政策性决定。1982 年《宪法》出台以来的立法制度为辨识法律和决定之间的功能结构差异提供了规范可能。根据 2023 年《立法法》和最新人大议事规则的相关规定,法律和非经严格立法程序制定的诸类决定的功能结构差异可归结为三个方面。

其一,在人事组织上,法律和前述决定表面上均由全国人大或其常委会审议通过,但整个过程中参与的组织与人员存在较大差别。法律的制定与修改须经过宪法和法律委员会、相关专门委员会审慎的讨论,甚至某些重要的法律案还须经过全民讨论,前述决定则不必然要求相关专门委员会和人员的参与。与前述决定相比,法律的制定和修改具有更为复杂、多元的人事组织要求。

其二,在制定程序上,法律与前述决定存在显著的区别。法律案一般要经过三次审读,^[42]具有一个较为冗长、繁琐、谨慎的审议过程,同时法律以主席令的方式予以公布;前述决定案并没有立法程序那般的严格,它一般均是一次会议审议,即交付表决通过,即行公布。因此,与正式的立法程序相比,前述决定的通过程序较为简洁,具有灵活、快速及机动的特征。不过,正是由于立法程序的“奢侈”,它的审议与讨论才更为充分与彻底,以保证立法决策作出时的深思熟虑。

其三,在规范适用上,法律所预调整的对象具有一般性,具有普遍适用的特性,而前述决定不一定具有这样的特性,有些决定仅针对特定的对象或事项作出。相应地,基于法律优位原则,法律和前述决定之间法源位阶的差别是两者在规范适用上差异的延展。例如,现行《宪法》第 67 条第 7 项仅规定,全国人大常委会有权撤销同“宪法”“法律”相抵触的行政法规、决定和命令,却未将全国人大及其常委会的决定作为相抵触的判断标准构成。

法律和非经立法程序制定之决定的功能结构差异构成了两者效力区分的条件,两者的效力关系原则性地表现为:法律的效力优位于经人大一般议事程序制定的抽象规范性决定、具体规范性决定和政策性决定。法律案在人事组织上投入的成本高于该类决定案,法律案的制定程序一般比决定案更

[42] 根据 2023 年《立法法》第 33 条之规定,列入全国人大常委会会议议程的法律案,各方面的意见比较一致的,可以经两次常委会会议审议后交付表决;调整事项较为单一或者部分修改的法律案,各方面的意见比较一致,或者遇有紧急情形的,也可以经一次常委会会议审议即交付表决。

为严谨、周密,这些使得法律的效力优位于前述决定具有正当性。

2. 程序判断效力原则的例外状态

全国人大决定行权方式的“程序判断效力原则”存在例外状态,具体表现在法制变革过程中发挥“临时法”作用的那类抽象规范性决定。法律的制定和修改总是具有一定的滞后性,为了弥合法制变革过程中出现的法制“裂痕”,全国人大及其常委会通过作出决定的方式进行合法性供给。在此种情况下,就出现了“新决定”的效力优先于“旧法律”的现象。但该类例外状态的决定,其效力均具有暂时性、临时性,一旦法律秩序恢复到正常状态,该决定就完成其历史使命,顺势失去效力。

梳理实践,有两个典型代表。一是全国人大常委会作出的“授权地方改革试点决定”。如2013年《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》,暂时调整了《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批。2015年《立法法》第13条将该类决定予以法定化。2023年《立法法》第16条对此予以了进一步完善。二是全国人大常委会作出的“确定新设或特定国家机关职责决定”。实际上,该类决定没有新增权力或减少责任,只是将原法律规定的职责授权给新设或特定的国家机关。如2003年《关于中国银行业监督管理委员会履行原由中国人民银行履行的监督管理职责的决定》赋予了新设的银监会履行按照《中华人民共和国人民银行法》《中华人民共和国商业银行法》原本由中国人民银行履行的“审批、监督管理银行、金融资产管理公司、信托投资公司及其他存款类金融机构等的职责及相关职责”。

为了更为清晰化地呈现全国人大决定行权方式复合效力原则,笔者特别制作了表1,作为小结。

表1 全国人大各类决定的具体效力样态

序号	决定类型	效力样态
1	经严格立法程序的抽象规范性决定 (包括关于法律的解释、修改、废止决定以及 2023年《立法法》第68条“有关法律问题的决定”)	效力等于法律
2	经人大一般议事程序的抽象规范性决定	效力低于法律,高于法规
3	“临时法”的抽象规范性决定(例外状态)	效力等于法律
4	有明确职权依据型具体规范性决定	效力低于法律
5	无明确职权依据型具体规范性决定	
6	政策性决定	不具法效力

四、“形式与内容的合比例性”:决定行权方式的拣选标准

全国人大决定行权方式之规范类型、效力原则的澄清,主要服务于全国人大规范、正确拣选决定的行权方式。“形式与内容的合比例性”是全国人大拣选决定行权方式的总理据,该总理据在经立法程序决定、非经立法程序决定两者中呈现出不同的具体拣选标准。

(一) 决定行权方式拣选标准的总理据

在我国当前宪制框架下,法律与决定的二分具有宪法上的意义,它们各自扮演的规范角色,从不

同的面向塑造宪法总体勾勒的具体法秩序。法律与决定两种方式在功能结构取向上的差异,提供了这样一个一般且基础的判断标准,即“形式与内容的合比例性”,用以判定何种事项应采哪一种行权方式。

所谓“形式”,指的是不同行权方式之功能的组织与程序条件,“内容”则指所欲规范的国家事务。“合比例性”的要求是,各规范内容必须与各行权方式之功能结构上的条件取得一致。何种国家事务应由何机关以何种方式加以规定,必须放在各该机关之组织、程序及结构的关联上考察。^[43]可见,功能结构的论证方式是从“形式”寻找与其相适宜的“内容”。

“形式与内容的合比例性”,构成了全国人大拣选其职权行使方式的基本遵循和标准,能够减少决定这类形式被滥用的风险。因此,可以将“形式与内容的合比例性”作为全国人大决定行权方式拣选标准的总理据。由于决定具有复合多元的类型,决定行权方式最大的形式差异在于是否经过严格的立法程序。因此,后文以经立法程序决定和非经立法程序决定作为基本框架,分而讨论。

(二) 经立法程序决定的拣选标准

经立法程序决定之拣选标准涉及的真正对象是 2023 年《立法法》第 68 条“有关法律问题的决定”意义上的制定补充型抽象规范性决定,而非关于法律的解释、修改、废止决定。关于法律的解释、修改、废止采取“决定”冠名,既有立法惯例的支撑,又有相对独立的规范基础,因此它们的拣选一般不成为难题。2023 年《立法法》第 49 条至第 52 条规定法律解释的程序与效力,其第 63 条第 1 款规定法律的修改和废止程序,适用针对“法律”一章的有关规定。然而,2023 年《立法法》第 68 条的“有关法律问题的决定”具有较大的选择裁量空间,因此制定补充型抽象规范性决定则成为确定拣选标准的直接对象。

聚焦于“有关法律问题的决定”意义上的制定补充型抽象规范性决定,其拣选标准内容是以“法”冠名为典型形态,以“决定”冠名为边际形态。此标准的本质是立法便宜主义的政策考量。具体而言,基于法律治理任务的紧迫性,全国人大及其常委会可以将“有关法律问题的决定”作为短期、中期立法方式的选择。与以“法”冠名的立法相比,“有关法律问题的决定”体例结构更为简约,文本体量更为精巧,涉及的立法事宜亦直击重点难点而不求面面俱到。但是,基于长期主义的考量,伴随着法律治理经验的积累,待时机条件更成熟之际,再全面系统制定以“法”冠名的典型立法。

经立法程序决定的拣选标准背后仍然遵循“形式与内容的合比例性”。正是由于冠名的形式差异,进而引发了“法”和“决定”两种立法形态的体例结构、文本体量、重点难点等内容上的差异。只不过,该类制定补充型抽象规范性决定的制定经过了严格的立法程序,它同“法”冠名的典型立法形态没有本质意义的差异,所以两者之间的拣选标准较为简约,其背后受到的法理性限制便较少。这也意味着,非经立法程序决定的拣选标准将面临更为复杂的内容。

(三) 非经立法程序决定的拣选标准

正是法律与非经立法程序决定两种方式上的功能结构差异,使得原本仅重在关涉立法机关与行政机关关系的法律保留原则,在面对法律和该类决定之间如何拣选问题时能够迁移适用。采取该类决定的形式应当有条件地受到法律保留原则的规范评价,否则决定的“形式滥用”将侵蚀法律的基本功能。为了有效回答法律保留的范围问题,德国宪法发展出了重要性理论作为判断标准。特别是在基本权利领域的法律保留,根据重要性理论判断标准,干涉或侵害公民基本权利的公权力行为,其构成要件、组织及程序上属于重要事项者,必须由立法者自己为之,不得授权行政机关自行判

[43] 参见许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力(一)》,元照出版有限公司 2006 年版,第 140 页。

断。^[44]将法律保留理论迁移适用于选择全国人大职权的承载形式,它同“形式与内容的合比例性”的论证是相契合的。立足于“形式与内容的合比例性”,那些重要的事务主要保留给全国人大以法律的形式规定。不过,法律保留的范围需要结合个案进行判断,减少主观臆断之类的诘问。全国人大在法律和决定之间选择其职权的行使方式时,应当遵循如下一般标准加以确定。

第一,对于那些具有直接“干涉”甚至“克减”公民基本权利的内容事项,不应当通过该类决定的方式予以规定。这是因为,前述决定形式在人事组织、制定程序的功能结构上难以承载该类限制基本权利的合法化功能,直接偏离法律保留原则的核心内容。同时,在规范适用结构中,部分决定具有“特定对象”适用的特性,使得直接损及基本权利的内容事项又加剧侵害了宪法上的平等权。因此,决定方式的采用,应当遵循平等权的要旨,符合“宪法全盘价值理论”,“立法者不可以在法律体系内,树立价值相互矛盾之制度,使得规范之适用发生法确信心之怀疑,致失正义之后果”。^[45]

第二,在基本权利之外的基本国策、^[46]国家组织等领域施行的法律保留,^[47]具有重要性的内容事项,要求全国人大通过法律的方式行使其职权;不重要的内容事项,则可以通过前述决定的方式行使。全国人大及其常委会行使职权的领域涉及基本国策、国家组织等领域时,须遵循法律保留的一般原理,禁止以该类决定任意代替法律,否则就模糊了法律与决定两种方式的基本区分。

在确定以非经立法程序的决定方式行权后,如何恰当地拣选决定的细分类型,是一个接续的重要问题。考虑到具体规范性决定的“个别法”之实以及其对宪法权限配置、权利义务可能的负面影响,全国人大拣选具体规范性决定的方式行使其职权,将受到诸多的规范限制。

这些限制要素体系化地呈现为:在不违背法律保留原则的基础上,决定的内容涉及基本国策、国家组织领域,要求契合宪法权力配置原理;^[48]其内容涉及基本权利领域,除了宪法权力配置原理的要求外,还不得违背平等原则和权利救济原则。这些限制性要求恰是克服具体规范性决定可能产生副作用的重要方法。有一种观点认为:“全国人大及其常委会以法律的形式作出审判(权利义务完结性立法),没有违反三大诉讼法(同级别立法特别法优于一般法),宪法上的权力分配结构也并不能对此作出否定。”^[49]其实在此种情形下,全国人大及其常委会已经严重侵蚀了宪法赋予法院的审判权,宪法上权限分配的规范性已荡然无存。

考虑到政策性决定仅具有政治或道义的拘束力,其对外的负面影响较弱,下面笔者专门针对抽象规范性决定、具体规范性决定拣选作阐述。

(四)抽象规范性决定的拣选示例

与经立法程序决定的拣选相比,非经立法程序之抽象规范性决定的拣选面临更为复杂的限制因素和甄别流程。因此,本文直面难点问题,特别选取《关于调整完善生育政策的决议》,力图清晰展现非经立法程序抽象规范性决定的具体拣选过程。

现行《宪法》第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”

[44] 参见吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第159页。

[45] 参见陈新民:《平等权的宪法意义》,载陈新民:《德国公法学基础理论(下卷)》,法律出版社2010年版,第396-397页。

[46] 如现行《宪法》第19条第4款规定了“举办各种教育事业”的法律保留,第31条规定了“特别行政区制度”的法律保留。

[47] 有学者根据法律保留原理,参照《宪法》《立法法》等法律所规定的法律保留规范体系,对我国国家机关产生、组织、职权的保留体系进行了反思与重构。参见王籍:《论组织性法律保留》,载《中外法学》2020年第5期。

[48] 对事的“个别法”,由于未涉及人权保障,只要其不侵犯其他机关的核心职权,则为宪法所允许。参见谢雄军:《个案法律之禁止原则及其适用方案》,载《湖南社会科学》2011年第3期。

[49] 黄宇晓:《立法应当是抽象的吗?》,载《中外法学》2021年第3期。

该条确立了计划生育的基本国策,蕴含对国家机关推行计划生育的授权。由于它没有明确具体的授权对象,在人民代表大会制度下,应当将推行计划生育的权力首次赋予全国人大及其常委会。因此,“推行计划生育”的职权可归入全国人大兜底职权。2001 年全国人大常委会根据宪法,制定《中华人民共和国人口与计划生育法》(以下简称:《人口与计划生育法》)并确立了“普遍一孩政策”。2015 年该法被修改,将之前“普遍一孩政策”调整为“全面二孩政策”。2021 年该法再次修订,实施“全面三孩政策”。在国家与社会转型时期,法律的修改再正常不过。然而,2015 年修订该法前,全国人大常委会在 2013 年作出了《关于调整完善生育政策的决议》,主要内容是:“根据我国经济社会的发展和人口形势的变化,逐步调整完善生育政策是必要的。同意启动实施一方是独生子女的夫妇可生育两个孩子的政策。”这里所生的疑问是,在《人口与计划生育法》未修改的情况下,全国人大常委会能否以决定方式行使“推行计划生育”的权力。

答案是肯定的,立足既有的实践,全国人大常委会能够以决定方式行使该权力。在宪法层面,生育被置于基本国策的规范脉络之中,现行《宪法》文本中没有对生育作为权利的规范确认。然而,国际社会普遍将生育作为一项不证自明的基本权利。^[50] 随着中国社会及法治意识的发展,生育作为公民基本权利具备了较为普遍的思想观念基础。考察生育政策变动的决策过程可见,国务院常务会议、中央政治局常委会、中央政治局会议先后专题讨论了调整完善生育政策工作。2013 年党的十八届三中全会作出了调整完善生育政策的决策部署,明确要求“坚持计划生育的基本国策,启动实施一方是独生子女的夫妇可生育两个孩子的政策,逐步调整完善生育政策,促进人口长期均衡发展”。^[51]《关于调整完善生育政策的决议》则是对执政党已确立基本政策的落实。从政策内容来看,决议将先前较为严格的“普遍一孩政策”调整为更为宽松的生育政策,是国家对生育的放松管理,能在更大程度上实现生育自由。从这个角度,“调整完善生育政策”的内容与“决定”的形式合乎比例,并不违背法律保留原则。

(五) 具体规范性决定的拣选示例

考虑到当前具体规范性决定没有涉及过基本权利事项,下面笔者仅演示涉及基本国策、国家组织领域该类决定的拣选过程,分别经历法律保留原则、宪法权力配置原理两个阶段的检视。

针对法律保留原则的检视,笔者选取“建立健全特别行政区维护国家安全的法律制度”和“设立金融法院”两则实例。就前一实例而言,2020 年全国人大作出《关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定》,其具体内容维护了法律保留原则。根据现行《宪法》第 31 条,特别行政区内实行的制度施行法律保留。全国人大明确将现行《宪法》第 31 条和第 62 条第 2 项、第 14 项、第 16 项(含全国人大兜底职权条款)作为制定依据,决定的最核心内容是授权全国人大常委会就建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制制定相关法律。可见,授权立法的决定本身是对法律保留原则的间接贯彻。就后一实例而言,2018 年全国人大常委会作出《关于设立上海金融法院的决定》,其内容事项与 2015 年《立法法》第 8 条关于“人民法院产生、组织和职权”的法律保留规定存在不一致的疑虑。或许正是为了打消前述疑虑,全国人大常委会随后修改了《中华人民共和国人民法院组织法》,修改后的该法第 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。”

[50] 参见余军:《生育自由的保障与规制——美国与德国宪法对中国的启示》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 5 期。

[51] 李斌:《关于〈关于调整完善生育政策的决议(草案)〉的说明》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2014 年第 1 号。

针对宪法权力配置原理的检视,笔者以“兴建长江三峡工程”为实例加以分析。1992年全国人大作出《关于兴建长江三峡工程的决议》,其总体上符合现行宪法权力配置原理。在中国宪制框架下,全国人大和国务院不属于权力分立与制衡意义上的两支国家机关,当然就不能套用西方分权理论去评判该具体决定是否违反权力分立与制衡原则。不过,全国人大权力的行使,仍旧不能侵犯宪法已经明确配置给其他国家机关的职权,否则全国人大的高权行为仍有违宪的可能性。例如,就如同全国人大不能作出某人有罪的决定而干涉司法审判一样,全国人大亦不能作出完全压缩了自由裁量空间的决定,干涉国务院的个案执法。从内容来看,《关于兴建长江三峡工程的决议》载明:“将兴建长江三峡工程列入国民经济和社会发展规划,由国务院根据国民经济发展的实际情况和国家财力、物力的可能,选择适当时机组织实施。对于已经发现的问题要继续研究,妥善解决。”可见,虽然《关于兴建长江三峡工程的决议》决定计划兴建长江三峡工程,但没有完全排除国务院兴建长江三峡工程的裁量空间,反而为国务院的兴建行为给予了相当程度的授权,使国务院的兴建行为具备了民主正当性。

五、结语:《立法法》助力推动人大决定的规范化进程

全国人大决定行权方式的全面规范化这一命题由三个相互依存的子议题组成,它们分别是决定行权方式的规范类型、效力原则以及拣选标准。针对规范类型,全国人大决定行权方式包含了抽象规范性决定、具体规范性决定、政策性决定三种类型。针对效力原则,效力分层原则意味着决定呈现三种效力形态;经立法程序的抽象规范性决定效力等于法律、法律的效力优位于非经立法程序的决定等两项规则,是程序判断效力原则的核心内容。但存在一个例外状态:在法制变革过程中发挥“临时法”作用的抽象规范性决定,暂时性、阶段性地与法律具有相同的规范拘束力。针对拣选标准,法律和决定在功能结构条件上的差异,使得全国人大职权的行使方式拣选要求“形式与内容的合比例性”。在整个规范化命题的全面实现过程中,2023年《立法法》第68条“有关法律问题的决定”之规定建构了一个最重要的制度支点。借由该支点,全国人大和地方各级人大议事规则对相关决定案的议事规则设定和完善,无疑能够为人大决定行权方式的全面规范化进一步奠定制度基础。比如,2023年修订的《黑龙江省人民代表大会常务委员会议事规则》对“有关法规问题或重大问题的决定”之程序规定的完善就是如此。总之,在宪法全面实施背景下,全国人大决定行权方式的规范化、制度化、程序化,是全国人大职权实施的重要内容,由此可以培植国家权力机关的理论体系,把握国家权力配置的中国特色原理。

(责任编辑:姚 魏)

On the Normalization of the Mode of Power Exercise in All Resolutions of NPC

——Focusing on Article 68 of Chinese Legislation Law

TAN Qingzhi

Abstract: The normalization of the mode of power exercise in all resolutions of National People's Congress (NPC) is the inherent demand of the full implementation of the constitution, thus enjoying especially vital significance. Article 68 of Chinese Legislation Law specially stipulates that the related stipulations of Chinese Legislation Law shall be applied to the resolutions on legal issues made by NPC and its Standing Committee. Such rule of application has become the the most important institutional fulcrum for the normalization, institutionalization and procedurization of the mode of power exercise in all resolutions of NPC. The thesis of the normalization of the mode of power exercise in all resolutions of NPC contains three sub-topics. Firstly, in terms of the type of norms, there are three types including abstract normative resolution, specific normative resolution, and policy resolution. Secondly, in terms of the principle of effectiveness, the principle of stratification in effectiveness and the principle of effectiveness determined by the procedure constitute the core gist of the principle of compound effectiveness of the mode of power exercise in the resolutions of NPC. Thirdly, in terms of the selection standards, the "proportionality between the form and content" constitutes the general foundation for the NPC to select a mode of exercising a resolution, and the essence of the selection standards decided through legislative procedure is the policy-based consideration of economic rationality in legislation, and the selection standards decided not through legislative procedure shall be determined by first taking into account of the principle of legal reservation.

Keywords: National People's Congress; Article 68 of Chinese Legislation Law; Resolutions on Legal Issues; Resolutions on Major Issues; Full Implementation of the Constitution