

论全国人大及其常委会以决定方式行使立法权

江 辉

内容提要:全国人大及其常委会采取制定“**法”和作出“决议”或“决定”两种方式行使立法权。梳理历史发现,当创设局部性、临时性或应急性制度,或处理一次性事项时,未以制定“**法”而以决定方式行使立法权。以决定方式行使立法权,可能影响《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序的严肃性,模糊立法权与其他权力的区别,使得难以有效规范全国人大及其常委会的权力行使。立法权的历史起源和实践经验表明,立法可以处理一次性事项;根据法治要求,有些一次性事项的处理只能行使立法权。为避免决定方式行使立法权可能造成的问题,应当统一立法权行使的程序;从长远看,应统一立法的名称为“**法”。

关键词:全国人大及其常委会 立法权 决定 立法程序

江辉,中国社会科学院大学法学院讲师。

立法权,是全国人大及其常委会典型而又极为重要的权力。1954年以来,全国人大及其常委会一直采取制定“**法”和作出“决议”或“决定”(以下统称“决定”)两种方式行使立法权。^[1]其中,以决定方式行使立法权,对我国的法治建设发挥了重要作用,但亦

[1] 全国人大及其常委会的立法权及其他性质的权力(包括监督权、任免权、重大事项决定权等),均可通过作出决定的方式行使。实践和理论常将行使立法权作出的立法性决定与行使其他性质的权力作出的决定相混淆。例如,有不少意见认为行使决定权甚至任免权均可能作出立法性决定(参见蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第4版),法律出版社2003年版,第316-318、324页;金梦:《我国立法性决定的规范分析》,《法学》2018年第9期,第74-85页;秦前红、刘怡达:《“有关法律问题的决定”:功能、性质与制度化》,《广东社会科学》2017年第6期,第216页)。造成混淆的原因之一,是理论上未对立法权、监督权、任免权和重大事项决定权的界限予以清晰厘定。笔者曾提出,立法权具有创制性、监督权具有法定性和判断性、任免权具有法定性和人事性、重大事项决定权是宪定和法定权力的兜底性统称。以此为框架,笔者曾论证《关于批准〈内地与香港特别行政区关于在广深港高铁西九龙站设立口岸实施“一地两检”的合作安排〉的决定》为行使监督权作出的监督性决定, see Jiang Hui, A Non-legislative Reading of the Co-location Decision and the NPCSC's Constitutional Review Power under the Basic Law, 49 *Hong Kong Law Journal* 547, 547-570 (2019)。此外,关于“决议”和“决定”的区别,在不同历史时期存在不同。大体来说,1954年至1978年,会议讨论其他国家机构提出的议案后作出决定,一般称为决议;自身动议后作出的决定,一般称为决定。1978年至1983年,与1954-1978年期间的规律基本一致,但开始出现不少例外。1983年六届人大一次会议后,除有较明确的历史先例外,遵循的基本原则是,表态性的是决议,有具体行动需要落实的是决定。

产生不少争议。^{〔2〕}如,有人质疑,“全国人大常委会是否可以通过决议的方式,而不是法律的方式来停止全国人大最高权力机关制定的基本法律?”^{〔3〕}为厘清相关争议,亦为规范立法权等权力的行使,本文以1954年以来的相关实践为基础,对全国人大及其常委会以决定方式行使立法权的由来、产生的问题和规范方向进行讨论。

一 以决定方式行使立法权的由来和实践

通过梳理相关实践,可以发现以决定方式行使立法权背后,大体有两种逻辑:一是典型形态法律的观念;二是一次性事项不属于立法的观念。^{〔4〕}当以决定方式行使立法权时,内容和程序均变得灵活。

(一) 典型形态法律的观念

观念上,只有那些体系完整、所设定制度相对稳定的立法,才是典型形态的法律。如果立法只是解决某一事项的特定方面而具有局部性、临时性或应急性等,则无法构成典型形态的法律。面对无法成为典型形态法律的立法,全国人大及其常委会不愿意给予其“* *法”的名分,而以决定方式行使立法权,作出立法性决定。

1955年《关于处理违法的图书杂志的决定》(以下简称“《违法图书决定》”),能够直观反映典型形态法律的观念。1955年9月13日,国务院向全国人大常委会(下文单独表述全国人大常委会时将简称为“常委会”)提出制定《图书杂志审查处理暂行条例》的要求。区别于其他法令一次审议即通过,常委会在该次会议上没有通过该暂行条例。同年11月8日,常委会再次讨论该条例草案后,未制定条例而是通过了《违法图书决定》,并且未依照1954年《宪法》第40条的要求由国家主席公布。从《违法图书决定》的内容可以发现,常委会认为,国务院提出的条例草案并不完善,因某些方面的原因亦不宜制定一内容完整的条例,所以仅规定其中一部分现实急需的内容。鉴于该法令只规定了局部内容,不具有法律的体系性特征,所以它不再适合被称为“条例”,只能改称“决定”;并且未像其他条例一样由国家主席公布。

类似《违法图书决定》的立法性决定还有很多。如,1955年12月《关于在中华人民共和国主席和副主席休假或者外出期间由全国人民代表大会常务委员会委员长接受外国使节的决定》、1957年《关于死刑案件由最高人民法院判决或者核准的决议》、1981年6月《关于刑事案件办案期限问题的决定》、1995年《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》等。这些决定,均因内容具有局部性,而未获得“* *法”的名分。实际上,对法律进行局部修改时,采取“关于修改* *法的决定”而不是以“* *(修正)法”的形式出现,背后遵循的亦是类似逻辑:对法律的局部修改,通常不具有逻辑上的完整性和体系性,直接称为“* *法”存在观念障碍,所以采取决定形式。

〔2〕 参见金梦:《我国立法性决定的规范分析》,《法学》2018年第9期,第74页。

〔3〕 范进学:《授权与解释:中国(上海)自由贸易试验区变法模式之分析》,《东方法学》2014年第2期,第128页。

〔4〕 如果承认某些一次性事项的处理是立法,那此类立法亦属于非典型形态的法律。因为实践总体否认其立法属性,所以本文分开讨论。

此外,有些立法因不符合典型形态法律的稳定性特征,亦未获得“* *法”的名分,而采取决定方式。实践中,某一事项可能急需立法,但有关方面对如何作出稳定的长期制度安排,尚未达成共识或未形成成熟方案,只能针对已经成熟的部分进行局部性立法,或针对短期安排进行临时性立法。前者因为不符合典型形态法律的体系性特征而采取决定方式;后者因为不符合典型形态法律的稳定性特征而采取决定方式。

2011 年《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》(以下简称“《反恐决定》”)正是因为不符合稳定性特征而采取决定方式。《反恐决定》的起草说明中,对为何不采取“法律”形式而是“决定”形式作了说明,即“各方面一致认为,目前单独制定一部反恐怖法,立法条件尚不成熟,可以先由全国人大常委会制定专门的法律决定,解决反恐怖工作中迫切需要解决且各方面能够形成共识的问题”。^[5] 2005 年《关于司法鉴定管理问题的决定》采取决定方式立法,亦是类似原因。当时,各方面无法就司法鉴定管理的长期安排达成一致,只能选择作出决定进行短期安排,而不是制定《司法鉴定管理法》。^[6] 2012 年以来出现的大量调整法律实施的决定,均是因为它们不符合典型形态法律的体系性或稳定性特征而采取决定形式。^[7]

(二) 处理一次性事项不属于立法的观念

按照法治的规范要求,有些一次性事项的处理,应当行使立法权。然而,传统观念认为,法律是调整权利义务或权力职责的一般性规则,应当具有反复适用性。^[8] 而立法与法律等同。相应地,立法应当设定一般性规则,而不包括处理一次性事项。重大事项决定权概念,正好契合一次性事项的处理。实践似乎认为,全国人大及其常委会处理一次性事项,是行使重大事项决定权对有关法律问题或重大问题作出决定。^[9] 既然不是立法权的行使,那自然不应制定“* *法”,而应作出决定。

2001 年《关于重庆市人民代表大会换届选举时间的决定》即为一例。1997 年 6 月,重庆市一届人大一次会议召开。按照《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称“《地方组织法》”)关于省级人大任期五年的规定,重庆市应于 2002 年 6 月完成换届选举。但我国的组织体制,需要重庆市人大换届选举与其他省区市同步。于是,常委会于 2001 年 10 月作出《关于重庆市人民代表大会换届选举时间的决定》。类似的例子还有 1979 年《关于植树节的决议》、1982 年《关于批准长江南通港、张家港对外国籍船舶开放的决定》、1983 年《关于地区和市合并后市人民代表大会提前换届问题的决定》、2020 年《关于推迟召开第十三届全国人民代表大会第三次会议的决定》等。

[5] 杨焕宁:《关于〈关于加强反恐怖工作有关问题的决定(草案)〉的说明》(2011 年 10 月 24 日)。

[6] 参见王以铭:《关于〈关于司法鉴定管理问题的决定(草案)〉修改情况的汇报》(2004 年 12 月 25 日)。

[7] 暂时调整法律实施的决定,是对法律的时间和地域效力范围的局部修改,在性质上属于法律修改。学界对该类决定性质存在一些争议,具体参见彭浩:《授权地方改革试点决定的性质与功能探析》,《法制与社会发展》2018 年第 1 期,第 17-31 页。

[8] 参见沈宗灵主编:《法理学》(第 4 版),北京大学出版社 2014 年版,第 26 页。

[9] 大部分有关法律问题和重大问题的决定,主要处理特定和单一问题,有时并不创设反复适用的权利义务和权力职责规则,参见江辉:《有关法律问题的决定与法律的区别》,《人大研究》2012 年第 1 期,第 33-34 页。

(三) 立法性决定内容和制定程序的灵活性

当立法不符合典型形态法律的体系性或稳定性等要求,或因为属于处理一次性事项而不被认为属于立法时,全国人大及其常委会采取决定方式行使立法权或相应权力。此时,决定的内容不再像“**法”那样严格遵守立法技术规范,而变得相对灵活。甚至传统上认为属于政策范畴的内容,或其他不宜在法律中以条文形式表述的内容,亦可以在立法性决定中以条文形式规定。例如,2020年《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》第五条规定,“各级人民政府和人民团体、社会组织、学校、新闻媒体等社会各方面,都应当积极开展生态环境保护和公共卫生安全的宣传教育和引导,全社会成员要自觉增强生态保护和公共卫生安全意识,移风易俗,革除滥食野生动物陋习,养成科学健康文明的生活方式。”

以决定方式行使立法权,不仅内容变得灵活,程序亦变得灵活。大部分的立法性决定未按照宪法关于法律或法令的公布程序公布。^[10]大部分的立法性决定亦未遵守《立法法》规定的立法程序。如,2000年《立法法》规定,新制定的法律应经两次以上审议才能通过,但大部分立法性决定均是一审即通过;2015年《立法法》规定,法律草案原则上应当向社会公开征求意见,^[11]但2015年至今的立法性决定大部分未在通过前向社会公开征求意见。还有个别的立法性决定,如1987年《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,未由全国人大法律委员会统一审议。^[12]

二 以决定方式行使立法权造成的问题

以决定方式行使立法权,带来不少问题和争议。第一,它可能影响《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序的严肃性;第二,它造成无法通过程序和名称识别法律和立法权,模糊了立法权与其他权力的区别;第三,它使得规范全国人大及其常委会的权力行使变得困难。

(一) 影响《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序的严肃性

实践中,立法性决定被普遍认为具有与“**法”相同的法律效果。第一,在《宪法》与法律规定某一事项应由法律规定时,立法性决定被视为“法律”。如,《宪法》第124条规定,“监察委员会的组织和职权由法律规定。”《关于国家监察委员会制定监察法规的决定》在宪法和监察法的原则和精神意义上视为此处的“法律”。^[13]第二,立法性决定对法律作了修改与补充。“试点授权决定”“暂时停止法律实施决定”“自贸区‘暂停实施’决

[10] 其中存在两大例外:一是1980-1990年代涉及刑法的立法性决定,如1983年《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》等,由国家主席令公布。二是部分具有涉外因素的立法性决定,如1984年《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》等,亦由国家主席令公布。

[11] 2015年《立法法》第37条。

[12] 《立法法》制定以前,法律委员会统一审议制度由《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》和《全国人民代表大会组织法》规定。

[13] 参见全国人大宪法和法律委员会:《关于〈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》(2019年10月26日)。

定”等,对法律的地域效力或时间效力范围等进行了修改。第三,司法机关适用时,立法性决定与“* *法”并无差别。如,《关于司法鉴定管理问题的决定》是司法裁判中十分重要的依据。^[14]

虽然以决定方式行使立法权可能不存在合宪合法的问题,但可能影响《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序的严肃性。如果立法性决定未由国家主席公布、未严格遵循《立法法》规定的其他立法程序,却能有“* *法”的法律效果,那《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序将受到严重影响。“因为从理论上说,全国人大或者常委会都可以通过制定不遵循立法法程序的有关法律问题的决定,甚至是其他性质的决定来达到立法的目的。”^[15]正是因此,有意见认为,立法性决定的“制定程序不如立法程序那般严格,故而其效力应当低于宪法、法律以及立法解释,但高于行政法规、地方性法规和规章”。^[16]

(二) 模糊立法权与其他权力之间的区别

以决定方式行使立法权,模糊了立法权与其他权力的区别,造成无法清晰识别全国人大及其常委会所作决定的性质和效力,容易引发认识分歧和争议。

首先,并非全国人大及其常委会的所有权力均是立法权。全国人大及其常委会享有的立法权和其他性质的权力,在行使要求和法律效果方面均有区别。就行使要求而言,立法权具有创制性,可以在不修改已有法律的情况下规定与已有法律相冲突的内容;相较之下,重大事项决定权和监督权等其他权力,均应在《宪法》与法律规定的事项范围内行使。以废止法律为例,行使合宪性审查权(性质为监督权)废止法律时,只有与宪法相抵触才可行使合宪性审查权废止;相反,常委会行使立法权废止法律,不需要有任何法律上的理由,并不要求一部法律违反了宪法才可以废止。常委会废止收容教育制度,以经济社会发展变化为理由,而未以违宪违法为理由,因此是行使立法权而不是行使合宪性审查权。就法律效果而言,立法权的行使将产生法律,而法律默认具有以下法律效果:可以修改和废止已有法律;当《宪法》与法律规定某一事项应由“法律规定”时,行使立法权创设的法律,满足此处对“法律”的要求;法律默认可以在司法过程中适用,可以作为司法裁判依据;法律有着相对明确的冲突解决规则,如上位法高于下位法、特别法优于普通法、新法优于旧法等等。相较之下,行使其他性质的权力产生的结果,虽然在术语上可能可以被称作法或法规(如凯尔森的理论),甚至法律明确规定其具有与法律相同的效力(如 2015 年《立法法》第 50 条规定的法律解释同法律具有同等效力),但并不默认具有前述“法律”才具有的法律效果。

比较法上的例子可以清楚地说明这一区别。在英国,基本规则是只有法律才能改变法律。^[17]而只有经英国议会两院通过并经御准后的立法才是法律。^[18]但是,英国下院

[14] 参见金梦:《立法性决定的界定与效力》,《中国法学》2018 年第 3 期,第 150-151 页。

[15] 江辉:《有关法律问题的决定与法律的区别》,《人大研究》2012 年第 1 期,第 32-33 页。

[16] 秦前红、刘怡达:《“有关法律问题的决定”:功能、性质与制度化》,《广东社会科学》2017 年第 6 期,第 217、219 页。

[17] See House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee, Status of Resolutions of the House of Commons, HC 1587, 2019, p. 9.

[18] 其中的例外是《1911 年议会法》第 2(1)条和《1949 年议会法》的规定,即下院在某些情形下无需上院同意亦可完成立法。

并不只有与上院及女王共同立法的权力,它还享有法律赋予的其他法定权力。在英国下院议事时,议员常常会提出实质动议,经辩论后通过决议(resolution)。决议通常只代表下院表达一种观点或意愿,并不产生法律约束力,不能改变法律,亦不能命令或授权政府部门做任何事。但例外情况是,如果已有法律明确规定下院的决议具有法律上的约束力,那它将根据已有法律产生相应的法律效果。例如,《2011年议会固定任期法》第2(1)条规定的下院得以全院三分之二多数通过决议提前启动大选,以及《2018年欧盟(退出)法》第13条规定的下院以多数通过决议批准英国脱欧协议。英国议会一院享有的由法律所赋予的权力,不能产生立法的效果,不能创设与改变法律,只有在严格按照法定权力规定的条件和程序行使时,依照赋予该法定权力的法律产生法律效果;而如果没有该法律,则议会某一院的决议不产生法律效力。实际上,议会某一院享有的法定权力,与法律赋予行政机关的法定权力在本质上并无不同。并不因法定权力的主体是议会某一院而转化为立法权。

而以决定方式形式立法权,使得人们无法通过程序和名称等外在形式特征识别立法权的行使,模糊了立法权与其他权力之间的界限。《宪法》和《立法法》关于法律制定程序的规定,不仅具有保证立法民主性、科学性,确保立法质量方面的实质意义;还有为法律构建清晰的外在识别特征的重要意义。然而,如果简单地以《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序否定立法性决定不是立法权行使、不应视为法律,与现实完全不符。在现实面前,《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序事实上不能充分识别决定是否属于法律。

当《宪法》与《立法法》规定的法律制定程序识别一个决定是否属于法律的功能受损时,将造成立法权与其他权力很难区别。立法权的行使有时是对《宪法》予以细化实施。^[19]此时,立法权是一种权力行使方式,它与《宪法》列举的职权(作为权能)结合而完成对《宪法》列举职权的细化实施。如常委会制定《国家勋章和国家荣誉称号法》,被认为是对《宪法》第67(18)条的细化实施。以制定“* *法”的方式细化实施,因为程序和外在形式的原因,不会造成混淆,很容易识别是以行使立法权的方式实施宪法规定。

但是,以决定方式行使立法权对宪法进行细化实施,将使人们无法确定行使的是立法权还是宪法中所列举的宪定职权。1954年常委会作出《关于同外国缔结条约的批准手续的决定》(以下简称“《缔约决定》”)。就该决定而言,既可以视为行使1954年《宪法》赋予的缔约权而当然具有的细化相关程序的权力;也可以视为行使立法权,是对1954年《宪法》赋予的缔约权进行实施性立法。两种解释方案似乎都可行,且均被实践所采纳,^[20]但两种解释方案下决定的效力却不相同。前一解释方案下,《缔约决定》在性质上不属于法律,是常委会内部议事规则,仅具有内部约束力;后一解释方案下,《缔约决定》在性质上属于法律,意味着具有普遍约束力,司法机关及其他国家机关应当将其视为法律予以适用。

[19] 参见雷磊:《立法的特性——从阶层构造论到原则权衡理论》,《学术月刊》2020年第1期,第100页。

[20] 1954年《宪法》运行初期,立法权仅指制定法律权,因此该决定是行使缔约权而当然具有的细化相关程序的权力而作出的决定;但在1990年制定《缔结条约程序法》时,该决定被视为“法律”。

立法权与其他权力之间的界限被模糊后,造成无法准确识别决定的性质与效力,容易引发认识误区和争议。就决定的性质和效力,实践和理论逐渐产生了两种认识倾向。一种倾向因为一部分决定被视为法律,加上全国人大及其常委会的立法机关地位,在有争议时即认为有关决定是立法权行使,具有法的效力。另一种倾向认为所有决定都是决定权的行使,因为一部分决定产生了与法律相同的效果,因此认为决定权的行使可以产生制定、修改与废止法律的效果。^[21] 在两种不同的认识倾向下,自然容易产生争议。

“有关法律问题的决定”等概念的存在,使以决定方式行使立法权造成的模糊更加严重。官方为工作方便,将一部分决定称为“有关法律问题的决定”。“有关法律问题的决定”中,有一部分是立法性决定,它们因属于立法权行使而在性质上属于法律。有人因此误以为“有关法律问题的决定”性质相同,误以为它们具有相同的法律效果。^[22] 但是,有一部分“有关法律问题的决定”明显不是立法权的行使。1982 年《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》被认定为“有关法律问题的决定”,^[23] 但它的性质和效力与 1982 年《宪法》相同,而不是与法律相同。1978 年《宪法》未设置国家主席。1982 年《宪法》由五届全国人大五次会议于 1982 年 12 月 4 日通过后即公布实施。据此,公布法律、派遣和召回驻外全权代表、接受外国使节等权力应由国家主席行使。但 1982 年 12 月 4 日至 1983 年 6 月六届全国人大一次会议选出国家主席以前,尚不存在国家主席,因此法律将无法公布、全权代表将无法被派遣和召回、外国使节将无法被接受。为此,五届全国人大五次会议在通过 1982 年《宪法》同日,通过了《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》,明确五届常委会及委员长、副委员长继续行使 1978 年《宪法》中规定的权力。《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》修改了 1982 年《宪法》若干条款的时间效力,构成我国现行宪法的一部分。实际上,如果将部分有关法律问题的决定视为与法律具有相同效力,将产生一些理论困难。如,1990 年七届全国人大三次会议通过的《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》,更恰当的理解应是合宪性审查决定,或者说是为了宣告《香港特别行政区基本法》与 1982 年《宪法》源自同一个制宪权,^[24] 如果仅仅认为是立法权行使或者认为属于法律甚至认为效力低于法律,将明显不当。

(三) 难以有效规范全国人大及其常委会的权力行使

以决定方式行使立法权,将使人们误以为全国人大及其常委会可以不遵守法律。立法权具有创制性特征。立法机关可以在不废止与修改已有法律的情况下,行使立法权创设与已有法律相冲突的规范。缺乏法律制定程序和外在形式的识别特征,意味着任何与已有法律相冲突的决定,均可以解释为立法权的行使。只要决定的作出是立法

[21] 如蔡定剑先生认为:“决定可广泛地用来修改、补充和解释法律。”参见蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第 4 版),法律出版社 2003 年版,第 315 页。

[22] 例如,有人认为所有有关法律问题的决定虽然具有法规范的效力,但在效力位阶上低于法律。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》,《广东社会科学》2017 年第 6 期,第 218-220 页。

[23] 参见全国人大常委会法工委立法规划室编:《中华人民共和国立法统计》(2018 年版),中国民主法制出版社 2019 年版,第 162 页。

[24] 参见陈端洪:《理解香港政治》,《中外法学》2016 年第 5 期,第 1128 页。

权的行使,那就是新法与旧法、特别法与一般法的关系问题,而不是违法或不规范的问题。

1979年《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(以下简称“《选举法》”)第13条规定,全国人大代表的名额分配,由常委会根据情况决定。该条内容至今未被修改,只是条文序号有所变动。根据这一规定,全国人大代表名额的分配,应由常委会决定。但1982年《关于第六届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决议》和1987年《关于第七届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决定》,均是由全国人大作出而不是由常委会作出。据此,似可判断1982年、1987年两个决定的作出,权力行使主体存在问题,属于权力的不规范行使。但有一种解释方案可以认为,1982年《关于第六届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决议》和1987年《关于第七届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决定》的性质为立法性决定,是立法权行使结果。全国人大通过行使立法权改变了1979年《选举法》第13条的时间效力(针对第六届、第七届全国人大代表名额分配),因此不存在未规范行使权力的问题。

以决定方式行使立法权的存在,使得诉诸立法权行使解释全国人大及其常委会的权力行使与已有法律之间的冲突成为可能。相应意味着,法律对权力行使的权限、程序与内容要求,将大受影响。要求全国人大及其常委会按照宪法和法律的具体要求行使各项具体权力,事实上变得非常困难。

三 应当明确创制性地处理一次性事项只能行使立法权

以决定方式行使立法权产生诸多问题,应当予以规范。而以决定方式行使立法权背后的逻辑,决定了如何规范立法权的行使方式涉及两个层面的问题。一是哪些事项应当行使立法权;二是应当如何行使立法权。就第一个问题,具有局部性、临时性等特征的非典型形态法律属于立法,实践并无疑义。需要讨论的只有处理一次性事项是否属于立法。就一次性事项,全国人大及其常委会可以行使《宪法》和法律所赋予的宪定或法定职权作出决定予以处理,如全国人大行使《宪法》第62(13)条规定的职权作出《关于批准设立重庆直辖市的决定》,此时不涉及立法权的行使。但是,当全国人大及其常委会创制性地处理一次性事项时,即需要“违反”已有法律或在没有宪法法律依据的情况下处理一次性事项时,只能行使立法权。^[25]

(一) 立法可以处理一次性事项

首先,立法权起源于指示与命令政府的权力,其中包括针对一次性事项作出指示与命令。虽然哈耶克关于立法权历史起源的描述有着强烈的价值立场,但一般认为他的描述具有相当重要的价值和参考性。^[26] 在描述立法权的历史起源时,哈耶克将通常所认为的

[25] 亦可能是修宪权,具体取决于相关事项属于立法权的权限范围还是修宪权的权限范围。

[26] See A. I. Ogus, Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory, 16 *Journal of Law & Society* 393, 393 and 403-406 (1989).

法律区分为两类,一类是行为规则,一类是政府组织规则。前者指调整人与人之间行为并适用于未来不确定数量情形的规则。它是一种自发秩序的产物,不是也不能为实现特定目的而人为有意识地创设,它只能被发现。后者是决定政府组织、目标和功能的规则,本质上是对政府机器的指示和命令,包括以一般性规则出现的命令,亦包括针对一次性事项为实现特定目的而作出的命令。对于政府组织规则,不同于行为规则,它是人类有意识的产物,它服务于人类设计出来的目的。政府本身就是人为有意的设计,而不是自发生成的秩序。创设或改变政府组织规则的需要与这种权力的存在,远远早于人们认可行为规则可以被创设与改变。这个意义上的“立法权”,自古以来就存在着。对于现代人来说,调整人类行为的所有法律都是立法的产物是如此显而易见。但将行为规则也视为“立法”的产物,并且可以被人为有意地创设与改变只是晚近的产物。^[27] 从 13 世纪开始,特别是在西欧大陆,随着绝对王权的兴起及后来转化的民主思想等原因,包括行为规则在内的“法律”慢慢转化为统治者有意识的和自由的意志的产物。统治者早已有的组织和指示政府机器的权力,即创设和改变政府组织规则的权力,逐渐延展到了行为规则;二者逐渐融合而成为一个单一的权力,即“立法权”。^[28] 立法权扩及传统意义上作为行为规则的法律,使得政府组织规则也取得了法律的地位。但细究起来,立法或立法机构的首要功能一直都是控制和规范政府,即指示和命令政府组织。“所有的立法机构的首要活动一直都是指示政府,关于‘对于法律人之法[即行为规则意义上的法律]议会要不然没有时间要不然没有兴趣’的论断总体上是正确的”。直到现代的英国议会,仍是这样。因此,从立法权的历史起源角度,凡是从宪法安排的权力结构上需要代议机关批准的政府行动,均可以采取立法的方式予以授权。^[29]

其次,现代立法处理一次性事项并不鲜见。英美法系国家议会(国会)一直有通过立法处理一次性事项的传统。而在理论上,美国学者鲁宾教授针对美国立法曾系统地指出,应将立法理解为向执行机制作出的指示,它的本质其实是政府内部指令。虽然立法机关可以通过制定规则的方式行使立法权,但立法权并不能等同于制定规则的权力;相反,它是作出指示的权力,一般性并不是立法的内在要求。^[30] 在德日等传统大陆法系国家,二战后亦已认可立法可以处理一次性事项。^[31] 在德国,处理一次性事项的立法,被称之为处分性法律(措施法)。日本也有学者指出:“德国的通说与判例认为,这种法律,若不危害权力分立的核心,未严重破坏议会与政府在宪法上的关系,并且其制定的宗旨,若合乎社会国家的实质的、合理的不同措施时,则并不违反权力分立与平等原则。在吾国(日本),

[27] See Friedrich A. Hayek, *Law Legislation and Liberty: Rules and Order (Volume 1)*, The University of Chicago Press, 1973, pp. 122-128, p. 90, p. 73.

[28] See Friedrich A. Hayek, *Law Legislation and Liberty: Rules and Order (Volume 1)*, The University of Chicago Press, 1973, p. 84.

[29] See Friedrich A. Hayek, *Law Legislation and Liberty: Rules and Order (Volume 1)*, The University of Chicago Press, 1973, pp. 124-129.

[30] See Edward L. Rubin, *Law and Legislation in the Administrative State*, 89 *Columbia Law Review* 369, 369-423 (1989).

[31] 参见黄宇晓:《立法应当是抽象的吗?》,《中外法学》2021 年第 3 期,第 597 页。

亦存在同样的有力说。”^[32]实践中处理一次性事项的立法并不少见,如2022年德国联邦议会通过的《2022年欧洲复兴计划特别基金商业计划法》(ERP-Wirtschaftsplangesetz 2022),日本国会于2020年12月针对2020年7月暴雨灾害相关救济金的使用制定了《禁止对2020年7月暴雨灾害相关救济金采取扣押等措施相关法》(令和二年七月豪雨災害関連義援金に係る差押禁止等に関する法律)。

(二) 创制性处理一次性事项只能行使立法权

更重要的是,创制性地处理一次性事项,只能行使立法权。首先,全国人大及其常委会需要“违反”已有法律处理一次性事项时,只能通过行使立法权处理。《宪法》第5条规定,我国实行依法治国,一切国家机关都必须遵守宪法和法律。全国人大及其常委会亦不例外。因此,全国人大及其常委会不能违反宪法和法律中的具体规定采取行动。但是,立法权的基本原理,使得全国人大及其常委会可以在不修改或废止已有法律的情况下,通过行使立法权作出不同规定。基于新法优于旧法、特别法优于一般法的原则,全国人大及其常委会行使立法权作出的不同规定将优先适用,从而不存在违法的问题。以2001年《关于重庆市人民代表大会换届选举时间的决定》为例,在没有任何宪法或法律依据授权常委会可以延长省级人大任期的情况下,该决定因与《地方组织法》关于省级人大任期为五年的规定相抵触而可能存在违法性。但假如常委会制定《中华人民共和国重庆市第二届人大换届选举时间法》延长重庆市第一届人大的任期,那么基于新法优于旧法、特别法优于一般法的原则,《中华人民共和国重庆市第二届人大换届选举时间法》应当优先于《地方组织法》适用。此时,不会有人质疑常委会延长重庆市人大任期违反了《地方组织法》。

比较法上的实例可以更好地说明问题。2011年9月15日,英国制定了《2011年议会固定任期法》。该法将议会任期确定为五年,因此五年任期结束时自动触发大选。该法同时还将过去宪法惯例中解散议会的国王专权(首相建议时)取消,代之以两种法定的触发大选的条件:一是下院全体议员(含空缺席位)的三分之二多数通过决定大选的动议;二是下院通过了特定措辞的不信任动议。2019年10月28日,英国政府按照《2011年议会固定任期法》在下院提出提前大选的动议,但未取得下院三分之二多数支持,未能成功触发《2011年议会固定任期法》中规定的大选条件。不过,英国政府迅速转向以新立法的方式启动提前大选。同月29日,下院以快速立法程序于当天过半数方式通过法案,上院当天进行了法案一读并于第二天完成了上院的立法程序。2019年10月31日,该法案成为正式法律,即《2019年议会提前大选法》。该法规定,2019年12月12日提前举行议会大选。因此,英国议会通过制定《2019年议会提前大选法》,绕开《2011年议会固定任期法》关于提前大选应取得下院三分之二以上议员赞成的规定,改变了《2011年议会固定任期法》中的一般性规则,成功提前启动议会大选。这一做法并不会被质疑违法。类似的,因新冠疫情需要突破2021年修改前的《全国人大议事规则》第2条关于每年一次的全国

[32] [日]芦部信喜著:《宪法》(第6版),林来梵等译,清华大学出版社2018年版,第234页。

人大会议应在第一季度召开的规定时,假如能够打破立法权行使不处理一次性事项的观念,制定《中华人民共和国十三届全国人大三次会议召开时间法》解决问题,亦能减少争议和更好地维护法治。

最后,全国人大及其常委会需要在没有宪法或法律依据的情况下处理一次性事项时,亦只能通过行使立法权处理。受制于理性有限及社会发展变动过快,国家治理中常常出现急需处理但又没有宪法或法律依据的情形。例如,为改革开放的需要,国家需要在海南设立“海南行政区”这一特殊的地方国家机关,但“鉴于成立海南行政区这一级地方国家机关,宪法中没有规定,国务院建议作为一个特殊问题,请大会作出决定”。^[33]此时,基于立法权的主权性地位和创制性特征,在不违反《宪法》关于立法权限与修宪权限分工的前提下,可以通过行使立法权予以处理。

但区别于有些国家将议会主权完全等同于立法主权,^[34]我国形成了双轨制的观念。对于抽象的一般性事项,在《宪法》和法律未作规定的情况下,全国人大或其常委会通过行使立法权制定**法创设法律规则予以调整。^[35]如,2018年10月《人民法院组织法》修改时,在第3条增加了常委会可以通过决定设置人民法院。但对于具体的一次性事项,则倾向于诉诸重大事项决定权。该倾向认为,全国人大及其常委会,作为最高国家权力机关及其常设机关,享有处理重大事务的权能,^[36]其具体体现在《宪法》第62(16)条“兜底职权条款”等条款中。就某一事务,不需要《宪法》或法律明确规定全国人大有权处理,只要该事务满足“重大”的特征,则落入“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”范围,全国人大有权作出决定予以处理,常委会则依据《宪法》第57条规定的“常设机关”地位或第67(22)条全国人大授予的其他职权而享有该兜底性的决定权。^[37]

但是,这种双轨制的观念,既无必要,亦不可行。从必要性角度来说,就缺乏《宪法》或法律依据的具体事项,全国人大及其常委会可以通过两种方式行使立法权予以解决。一是通过制定或者修改已有法律,明确授予全国人大及其常委会一项处理该具体事项的法定权力,^[38]如2018年《人民法院组织法》规定常委会可以通过决定设置人民法院。二是在克服立法不处理一次性事项的观念下,直接行使立法权予以处理,如制定《中华人民共和国海南行政区建置法》设立海南行政区的建置。

从可行性角度而言,抛开重大事项决定权的内涵和外延一直以来并不清晰不说,^[39]

[33] 崔乃夫:《关于成立海南行政区人民政府的议案的说明》(1984年5月26日)。

[34] See A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th edition, Macmillan and Co. Limited, 1915, pp. 37-38.

[35] 在属于非典型形态法律的情形,亦可能通过作出决定予以立法。

[36] 1954年《宪法》制定时,刘少奇所作说明提出“全国性的重大问题,经过全国人民代表大会讨论和决定,在它闭会期间,经过它的常务委员会讨论和决定……我国的人民代表大会就是这样能够对重大问题作出决定并能够监督其实施的国家权力机关。”(刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》(1954年9月15日))。

[37] 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12-22页。

[38] 比较法上,有的国家基于权力分立原则,认为有些事项国会只能通过行使立法权处理,而不能通过制定法律赋予自身法定权力后处理,详见 *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U. S. 919 (1983)。

[39] 蔡定剑先生认为:“研究起来也就很困难,特别是如何确定决定权的范围和如何行使决定权问题。”蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第4版),法律出版社2003年版,第314页。尝试确定兜底性职权的规范内涵的最新努力,参见谭清值:《全国人大兜底职权的论证方法》,《环球法律评论》2021年第5期,第5-21页。

全国人大或其常委会在无宪法或法律明确依据的情况下,通过行使兜底性重大事项决定权处理一次性事项,容易产生副作用。一是使人们误认为权力法定原则不适用于全国人大及其常委会,全国人大及其常委会可以不需要有《宪法》或法律依据而行使权力。二是使人们误认为全国人大及其常委会行使权力可以不遵守已有法律。三是行使此类权力所作决定的法律效力无法清晰描述。在实证法秩序之下,法理学建构了一套严密的法规范的效力判断体系和知识体系。一个依据兜底性条款所作决定的法律效力如何判断,难以达成共识。四是无法有效规范全国人大及其常委会的权力行使。“从语言学的角度来看,‘重大’并不是一个语义确切的表述,而是一个相对的、动态的表述。因此,‘重大事项’也是一个相对的、动态的概念。”^[40]

我国台湾地区的经验说明,“重大事项”或“其他重要事项”的文本开放性,使它无法承载法律上可规范的权力。1996年我国台湾地区“司法院”大法官释字第419号明确,“中华民国宪法”规定的“立法院”有权议决国家其他重要事项,只能结合“立法院”的其他职权行使,不包含任何额外的权力。^[41]

西方国家能够既保证国家的行动能力,又能够在表面上维护法治原则,一定程度上是因为他们在观念上明确立法可以处理一次性事项,将“法律统治”与“议会立法统治”在实践中予以统一,从而在特殊和例外情形下仍然依“法律”行事。前述英国《2019年议会提前大选法》即为一例。因此,在没有明确宪法和法律依据的情况下,不论是抽象的一般性事项,还是具体的一次性事项,均应通过行使立法权而不是兜底性的重大事项决定权处理。

四 应当统一立法权的行使方式

从实践角度而言,面对以决定方式行使立法权带来的争议和挑战,常委会在若干场合作了回应。例如,为回应暂时调整或停止法律在特定区域内实施的立法性决定引起的争议和挑战,2015年修改《立法法》时增加了对全国人大及其常委会的明确授权。^[42]又如,为回应常委会以决定方式设立专门法院产生的争议,2018年修改《人民法院组织法》时增加规定常委会可以通过决定设置人民法院。但这样的回应,未能解决以决定方式行使立法权产生的真正问题。暂时调整法律实施类和设立专门人民法院类的决定,所面临的真正问题和争议,不是全国人大及其常委会有无权限的问题,而是以决定方式行使立法权导致人们无法准确识别行使的是何种权力的问题。

因此,应当统一立法权的行使程序,不论是创设具有局部性、临时性等特征的非典型形态的法律,还是针对一次性事项行使立法权,均应遵循由《立法法》规定的统一立法程

[40] 徐平主编:《人大职权研究》,法律出版社2017年版,第207页。

[41] “司法院”大法官释字第419号;亦可参见周万来:《议案审议—立法院运作实况》,我国台湾地区五南图书出版股份有限公司2019年版,第132页。

[42] 2015年《立法法》第13条。

序(含统一由国家主席公布)。当然,此两类立法调整事项相对单一,相关事务的处理也可能较为急迫,必要的话,可以在修改《立法法》时考虑针对性地设置审次等方面的特殊规定,但纳入统一的立法程序是前提。只有这样,才能更好地维护《宪法》和《立法法》规定的立法程序的严肃性;才可以恢复《宪法》和《立法法》规定的法律制定程序的识别功能,避免因无法准确识别决定背后的权力性质而产生争议;才可以更好地规范全国人大及其常委会的权力行使。

而从长远看,应当在统一立法权行使程序的基础上,统一立法的名称,使所有立法均称为“**法”。如果能够突破观念限制,使人们可以完全仅依据名称识别立法和法律,那么将不再需要争议到底行使的是何权力,而可以聚焦于全国人大及其常委会行使立法权在权限和内容上是否合宪、是否恰当。只有全国人大制定“中华人民共和国海南行政区建置法”创设海南行政区的特殊建置,人们才可以真正讨论全国人大是否享有制定该法的权限,否则有关讨论只能停留于猜测全国人大行使的是立法权还是修宪权。

也许有意见认为,要从观念上接受《中华人民共和国十三届全国人大三次会议召开时间法》之类的立法,也许非常困难。但是,过去的实践表明,将立法的名称统一为“**法”,观念阻力可能并没有想象中那么大。2005年,常委会审议了《关于对在华外国中央银行财产给予司法强制措施豁免的决定(草案)》。审议过程中,因“需要依照法定程序分别列入《香港基本法》和《澳门基本法》的附件三,采用法律的形式比采用‘决定’的形式更为妥当,法律委员会建议将决定草案的名称改为《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法(草案)》。”常委会最终通过了《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。

五 结 语

权力行使方式,是与权力行使权限和内容同等重要的问题。人们高度依赖权力行使方式识别和区分不同性质的权力。全国人大及其常委会并不只享有立法权,还享有行使要求和法律效果存在不同的其他性质的权力。当全国人大及其常委会以决定方式既行使立法权,又行使其他性质权力时,人们很难准确识别决定背后的权力性质,从而产生一系列争议和实践困惑。同一个决定,有人认为是行使立法权作出的,有人认为是行使重大事项决定权作出的。对权力行使的每一次争议和疑问,都可能造成权威的减损,给权力的充分有效行使带来挑战。比如,在香港特别行政区出现的某些问题上,部分人士对相关“决定”性质的误认,增加了“一国两制”下中央管治的难度。^[43] 要使潜在的权能转变为真正的行动能力,使全国人大及其常委会能够在国家治理中更好、更有效地应对各种挑战,实现国家治理体系和能力现代化,需要尽可能减少误认和争议。统一立法权的行使程序,并在适当的时候统一立法的名称,是立法权规范行使的必由之路。

[43] See Jiang Hui, A Non-legislative Reading of the Co-location Decision and the NPCSC's Constitutional Review Power under the Basic Law, 49 *Hong Kong Law Journal* 547, 547-570 (2019).

[**Abstract**] The National People's Congress (NPC) and its Standing Committee (SC) exercise legislative power in two ways: enacting "laws" and adopting "resolutions" or "decisions" (hereinafter referred to as "decisions"). When exercising legislative power by adopting decisions, the NPC and its SC no longer strictly follow the law-drafting standards and often use policy language. Furthermore, they also adopt more flexible law-making procedures: most of the legislative decisions are not promulgated by the order of the President, are deliberated only once, and are not published for comments before adoption. This practice has caused many problems. First, in practice, there is no difference between legislative decisions and "laws" in legal effect. Legislative decisions are applied as "laws" by the judiciary and other state organs. As a result, theoretically, the NPC and its SC can legislate without following the law-making procedures stipulated in the Constitution and the Legislation Law, which undermines the seriousness of the legislative procedure. Second, the legislative power and other kinds of powers exercised by the NPC and its SC are different in terms of exercising requirements and legal effect. If the NPC or its SC can exercise both the legislative power and other powers by adopting decisions, the distinction between the legislative power and other powers is blurred and it is difficult to tell the exact nature of the power exercised by the NPC or its SC when it enacts a decision. This situation results in many controversies and other problems in theory and in practice. Third, legislative decisions can contain provisions that contravene existing laws. Consequently, they can be used to explain the improper exercise of powers by the NPC and its SC. As a result, it would be difficult to effectively regulate the exercise of powers by the NPC and its SC. In view of these problems, it is necessary to change the practice of exercising legislative powers through the adoption of decisions. Firstly, it should be made clear that the NPC and its SC can only exercise the legislative power when they need to handle a one-off matter in a way contrary to current laws or in a situation where there is no constitutional or legal basis. The idea that the legislative power cannot deal with one-off matters should be abandoned. Both the origin of legislative power and comparative law show that it is common for legislative power to deal with one-off matters. Secondly, the procedures of the exercise of legislative power should be unified. The legislative procedures provided for in the Legislation Law should be followed whether in creating non-ideal laws with local and temporary characteristics or in exercising legislative power for one-time matters. Meanwhile, it may be necessary to revise the Legislation Law in light of the uniqueness of these two situations. In the long run, the name of all kinds of legislation should be unified as "law".

(责任编辑:支振锋)