

全国人民代表大会兜底职权的界定

赖伟能

内容提要:“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”是我国宪法上国家机构教义学体系建构的基石之一。兜底条款的意涵具有模糊性和开放性,需要明晰和限定。迄今为止,我国对全国人大兜底职权的经验研究和规范建构均有不足。以《宪法》第 62 条为核心,基于全国人大行使职权的实践,可以在全国人大职权体系中对兜底职权进行消极界定和积极界定。通过消极界定,可以将基于立法权行使的立法性决定、全国人大列举职权的发展性权力、《宪法》在第 62 条之外规定的全国人大权力、其他国家机构的宪定职权等排除在兜底职权的规范内涵之外。通过积极界定,可以将宪法列举职权中无法容纳而又具有远景性、总体性的重大事项决定,宪制改革试验,填补宪法未预见的制度空白等作为行使兜底职权的可能情形,为全国人大应对新问题提供宪法依据,保证其权力行使的规范性和正确性。

关键词:兜底条款 全国人大 立法性决定 重大事项决定权 列举职权

赖伟能,中国人民公安大学法学院讲师。

一 问题的提出

近现代各国的成文宪法中,授予国家机关的权力通常以宪法列举为限。权力列举既是宪法对国家机关的授权,同时也是对国家机关权力边界的限定。但是,列举往往无法穷尽,因此,通过“兜底条款”来实现权力的灵活性和有效性是常见的立法手段。然而,兜底条款往往模糊和开放,如果不对兜底条款进行解释以明晰其边界,宪法对国家权力的限制将被兜底条款所消解。

全国人民代表大会(下称“全国人大”)作为最高国家权力机关,在我国宪制框架下的国家机构体系中居最高和核心地位。我国《宪法》第 62 条第 16 项授予全国人大“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”,对全国人大的职权进行兜底。宪法规定了全国人大的一系列重要职权,同时又规定其“监督宪法的实施”,多重宪法角色的加持,使得对全

国人大权力边界的探索更为艰难。究竟哪些权力属于“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”，哪些权力不应当包括在内？兜底职权与前 15 项列举职权之间该如何界分？这些问题都指向对《宪法》第 62 条第 16 项的解释。“兜底条款往往是进行教义学体系建构的重要依据，极具技术难度和理论魅力”，^[1]对全国人大兜底职权的释义更是国家机构教义学展开的核心内容。

然而，自我国人大制度建立以来，全国人大明确适用了其职权兜底条款的，仅有十三届全国人大三次会议作出的《全国人民代表大会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》和十三届全国人大四次会议作出的《全国人民代表大会关于完善香港特别行政区选举制度的决定》。两项决定的宪法依据完全相同，兜底职权在其中发挥的规范功能也基本一致。究竟是因为兜底职权在我国的宪法实践中难以适用，抑或是已经在实践中被适用了却未做明示？如果以形式上明确的宪法依据作为判断标准，兜底职权的实践无疑是极少的。较少的适用实践使得如此富有解释学魅力的条款在过去却鲜受关注，即便是宪法学教材，大多数在此项内容上也一笔带过，仅有极少数教材举例认为这项职权被潜在地行使过，并未形成一个具有共识的通说理论。^[2]

概言之，兜底条款已有的明确实践事例极少，使得对此条款的宪法内涵和价值的研究展开较为困难，既有理论上认定的典型事例是否真正行使了兜底职权也充满争议和疑问。

二 全国人大职权条款的体系构造与界定框架

（一）全国人大职权条款的体系构造

全国人大兜底职权的研究应当基于《宪法》第 62 条对全国人大职权进行体系性的展开，厘清兜底职权与其他列举职权之间的界限与差异，方有可能确定兜底职权的范围。国家机构的职权设计可以分为概括和列举两种模式，概括主义是通过权力性质条款进行总体授权，而列举主义是通过逐项或逐条列举的方式清晰地描述国家机构的职权。^[3]根据职权法定原则，全国人大的职权属于宪法保留事项，只能由宪法作出规定。^[4]我国宪法中对全国人大的职权设计是通过列举主义的方式展开，不仅在《宪法》第 62 条中作出了逐项集中列举，同时也在《宪法》其他条款中作出了分散列举。

理论上，人大及其常委会的各项职权被类型化为四种权力——立法权、监督权、任免权、决定权。这构成了人大职权的坐标系，学界往往也以此作为对人大实践展开职权定性

[1] 张翔：《中国国家机构教义学的展开》，《中国法律评论》2018 年第 1 期，第 29 页。

[2] 如许崇德教授认为《关于兴建长江三峡工程的决议》属于兜底职权的行使，马工程宪法学教材则认为《全国人民代表大会关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》是兜底职权的行使。参见许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 207 页；马工程宪法学编写组编：《宪法学》（第二版），高等教育出版社 2020 年版，第 241 页。

[3] 参见陈明辉：《国家机构组织法中职权条款的设计》，《政治与法律》2020 年第 12 期，第 77-81 页。

[4] 这是我国宪法上为全国人大设立兜底职权的重要法理依据，对于此结论，拟另文探讨。

分析的框架。^[5]“四权”在宪法上并没有相应的表述,但是这个坐标系洞察了各级国家权力机关职权中共通的本质属性和各项职权之间的差异,因此形成了较高的理论共识。

在基本的“四权”体系之外,全国人大作为最高国家权力机关,又享有两类不同于地方国家权力机关的职权,一是修改宪法与监督宪法实施的权力,二是应当由最高国家权力机关行使的其他职权,^[6]由此形成了“六权结构”的全国人大职权坐标系。此为本文分析展开之基础。通过文本梳理,全国人大职权的体系构造如下:

1. 修改宪法与监督宪法实施的权力:《宪法》第 62 条第 1 项、第 2 项;
2. 立法权:《宪法》第 58 条,第 62 条第 3 项;
3. 任免权:《宪法》第 62 条第 4 项、第 5 项、第 6 项、第 7 项、第 8 项、第 9 项,第 63 条,第 65 条第 3 款;
4. 监督权:《宪法》第 62 条第 10 项、第 11 项、第 12 项,第 69 条,第 71 条,第 92 条,第 94 条,第 126 条,第 133 条,第 138 条;
5. (重大事项)决定权:《宪法》第 62 条第 10 项、第 11 项、^[7]第 12 项、第 13 项、第 14 项、第 15 项;
6. 兜底职权:《宪法》第 62 条第 16 项。

(二) 全国人大兜底职权的界定框架

兜底条款的高度模糊性和开放性决定了其边界和内涵都难以确定,尽管如此,法学研究从未放弃过对兜底条款边界的界定。这种不确定性极强而又无法回避的法律概念或法律条文并不少见,而通过“积极界定”和“消极界定”的框架对不确定法律概念进行研究被认为是行之有效的方法。例如,行政法中对“行政”含义的界定就存在“积极说”和“消极说”。^[8]又如,在围绕《德国基本法》对人性尊严之规定展开的讨论中,就主要通过积极界定和消极界定两条路径确定人格尊严的保护范围。^[9]再如,针对自由这个形而上且分歧极大的政治哲学概念,以赛亚·柏林(Isaiah Berlin)提出了区别积极自由与消极自由的经典分析框架。^[10]

[5] “四权”的提出最早源于彭真 1980 年在省、自治区、直辖市人大常委会负责同志座谈会上的讲话。他将地方人大常委会的职权概括为四个方面:“第一,制定、颁布地方性法规;第二,讨论、决定本地区的重大事项;第三,人事任免;第四,监督本级政府和法院、检察院的工作。”后被概括为“四权”,并发展成为全国和地方各级人大整体职权的划分方式,不仅成为人大职权研究的理论坐标,而且也基本被官方所认可和接纳。例如,党的十九大报告提出要“支持和保证人大依法行使立法权、监督权、决定权、任免权”。参见《彭真文选》,人民出版社 1991 年版,第 386-387 页。

[6] 宪法学界存在将修宪权作为广义立法权的一部分、将宪法监督作为监督权的一部分、将兜底职权归入重大事项决定权的范畴的讨论,但主流观点基本都将全国人大职权分为六类,因此在对全国人大的职权进行概括归类时,并没有将这三项权力划归“四权”之中,而是作为独立的职权类型。参见马工程宪法学编写组编:《宪法学》(第二版),高等教育出版社 2020 年版,第 240-241 页;许崇德主编:《宪法》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 206-207 页;刘茂林著:《中国宪法学导论》,北京大学出版社 2009 年版,第 313-314 页。

[7] 通常认为,第 62 条第 10 项和第 11 项在监督权和执行权中重复列举是因为,审查和批准计划执行情况的报告和预算执行情况的报告属于监督权的行使,而审查和批准国民经济和社会发展计划、审查和批准国家预算行使的是决定权。

[8] 参见[日]和田英夫著:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,中国广播电视出版社 1993 年版,第 25、28 页。

[9] 参见李忠夏:《航空安全法案》,载《德国宪法案例选释(第 1 辑)》,法律出版社 2012 年版,第 257-259 页。

[10] [英]以赛亚·柏林著:《自由论》,胡传胜译,译林出版社 2011 年版,第 170 页。

宪法创造政治过程的同时也限定政治过程,具有建立统治和限定统治的双重功能。^[11] 职权兜底条款作为国家机构条款,其主要承担建构全国人大未列举的职权,实现国家任务之功能。它首先要解决兜底职权应当包括什么。这是一种积极界定的方法,通过解释什么可以归入兜底职权的行使范围,来确定兜底职权的内涵。与此同时,兜底职权条款也具有限制的功能,即防止全国人大权力泛化,规范政治实践,它意味着要确立兜底职权不应当包括什么。这是一种消极界定的方法,通过排除什么不是兜底职权的行使范围,来确定兜底职权的外延。

本文将基于对全国人大职权行使实践的分析,在全国人大六项职权类型的体系框架下,厘清全国人大兜底职权与列举职权之间的关系,对兜底职权分别作出消极界定和积极界定。

三 消极界定:什么不是兜底职权的行使

对全国人大兜底职权作出消极界定是指明确哪些职权不应当归入兜底职权的范畴。宪法已配置的权力,既包括全国人大的列举职权,也包括其他国家机关的专属职权,一项国家权力可以被列举职权所容纳时,应当首先归入获得宪法明确授权的列举职权中。全国人大行使权力的方式较多,包括:法律、法律修正案、法律解释、任免名单、决定(决议)等等。在决定中,又包括了接受请辞的决定,国民经济和社会发展计划的决议,关于预算的决议,关于国务院、最高法、最高检工作报告的决议,有关批准修改废止法律的决定,关于批准缔结条约的决定等,这些基本在宪法条文中都有可循的职权依据。但除此之外,还有很大一部分“有关法律问题的决定”。在这一类决定中,既有涉及国民经济和社会发展计划的决定,也有关于法律的解释、补充的决定,还有关于重大事项的决定。政治实践中,此类决定往往难以确定其职权依据,因而出现兜底职权适用的模糊地带。要对兜底职权与宪法的列举职权进行区分和界定,难以从行使权力的方式(形态)上判断,而需要依据权力行使的内容和本质属性作出判断。

(一) 立法性决定

1. 是立法权还是兜底职权?

1985年全国人大作出“授权国务院经济体制改革和对外开放决定”(下称“授权决定”),有观点认为,这是兜底职权的行使,^[12]判断的依据主要是彭真在《关于立法工作》的讲话中对授权决定草案的酝酿形成过程做出的说明,认为这是“一件大事”,因此常委会不宜决定,而应当由全国人大决定。^[13]

尽管草案说明对“授权依据”援引了《宪法》第89条第18项关于国务院兜底职权的

[11] 参见[德]克里斯托弗·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第76页。

[12] 马工程宪法学编写组编:《宪法学》(第二版),高等教育出版社2020年版,第241页。

[13] 制定“授权决定”过程中有三种方案主张,一是不作决定,二是由常委会作决定,三是由常委会通过决定草案、大会作决定,最后一致认为第三种方案比较完备,严格遵守宪法和法定程序。参见《彭真文选》,人民出版社1991年版,第504页。

条款,但是这只能为“授权”这个行为提供职权依据,属于形式依据,授权主体仍需要证明自己具有授出此项权力的能力,即实质依据,因此第 89 条第 18 项必须结合全国人大的具体职权,才能为决定提供完整的合宪性支撑。在制定“授权决定”时最终选择由全国人大作出,核心理由为这是“一件大事”,且最终以决定的形式作出,极容易让人关联到重大事项决定权的行使。但在全国人大重大事项决定的列举职权中,并没有可以容纳此决定的,因此,这项决定往往被认为是“兜底职权”的行使。

从形式上看,上述推导过程是严密的,但还需从“授权决定”制定的背景、内容以及功能上进行实质考察。从“授权决定”的内容和制定初衷看,这项决定是受现实制约而无法制定法律才作出的立法授权。“授权决定”明确授权的内容是“制定暂行规定或者条例”,而且强调“经过实践检验,条件成熟时由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定法律”,而之所以全国人大不直接制定法律,王汉斌在草案说明中指出:“(经济体制改革和对外开放)有不少新的复杂问题超出由行政法规调整的范围,目前还缺乏必要的实践经验,需要探索、试验,由全国人大和全国人大常委会制定或者补充、修改法律的条件还不成熟,实际工作又不能等待。”^[14]可见,决定的制定背景是需要立法,但却受制于实践频繁变动与立法条件不成熟,因而作出授权,所以决定本质上是立法权的授出。在六届全国人大常委会向七届人大所作工作报告中,也明确将“授权决定”作为“立法工作取得重大进展”的一部分。^[15]

从“授权决定”的功能上看,它与 1984 年《关于授权国务院改革工商税制和发布试行有关税收条例(草案)的决定》共同构成了我国改革开放初期的经济法制度基础,解决了经济制度方面规则供给不足的问题,^[16]尤其是税收制度的问题。彼时还未制定《立法法》,税收仍停留在《宪法》第 56 条的“公民有依照法律纳税的义务”之规定,还未明确为法律保留事项。在 2015 年《立法法》修改时明确“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”为全国人大专属立法权限,但由于法律缺位,1985 年的决定并未废止,而是在《贯彻落实税收法定原则的实施意见》中提出待全部税收条例上升为法律或废止后,提请全国人民代表大会废止“授权决定”。可见,“授权决定”在功能上是作为税收法律制度的基础,因此属于立法权的应有之义。

之所以强调此决定是“一件大事”而需要由全国人大作出,或许并非基于重大事项决定权的理论,而是基于全国人大制定“基本法律”和全国人大常委会制定“基本法律之外的其他法律”的区别。有学者将此决定作为全国人大常委会行使基本法律修改权应当效仿的一个先例,认为全国人大常委会会有立法权,理论上也有权作出此项决定,但全国人大常委会在修改基本法律时尊重全国人大的决策权威,因此选择由具备更为广泛民意基础

[14] 王汉斌著:《社会主义民主法制文集》(上),中国民主法制出版社 2012 年版,第 131 页。

[15] 参见陈丕显:《全国人民代表大会常务委员会工作报告(1988 年)——1988 年 3 月 31 日在第七届全国人民代表大会第一次会议上》,载王汉斌主编《人民代表大会制度文献集成(第五卷)》,中国民主法制出版社 2016 年版,第 3409 页。

[16] 参见张守文:《改革开放与中国经济法的制度变迁》,《法学》2018 年第 8 期,第 26 页。

的全国人大直接行使,^[17]这也是充分保障全国人大作为最高国家权力机关地位的体现。

基于以上分析,作出“授权决定”的依据应当由《宪法》第 62 条第 3 项的全国人大基本法律制定权和《宪法》第 89 条第 18 项的授权条款共同构成,而不归属于兜底职权。

2. 立法性决定的范围及其立法权属性

上述“授权决定”是全国人大及其常委会最早进行改革授权的决定,也是众多改革试点授权、暂停法律适用等决定中的典型代表。随着改革的深入,类似的授权决定越来越多,2012 年在对《关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定(草案)》的说明中,将 1985 年的决定作为授权决定具备正当性的先例。^[18]在 2015 年对《立法法》进行修改之前,由于缺乏立法法的规范,学界对决定中暂时停止、调整法律适用的性质和合法性存在争议。^[19]为了实现立法和改革决策相衔接,2015 年《立法法》增加了全国人大及其常委会通过决定授权暂时调整或暂停适用法律的内容,丰富和发展了宪法中全国人大及其常委会的职权内涵。对授权决定的性质界定,无论认为是授权立法还是法律修改,抑或是综合结构的新型立法手段,基本都将其置于立法权的框架中进行研究。^[20]

由于这类决定并非严格意义、普遍适用的立法,因此在全国人大常委会的官方文件中被归入了“有关法律问题的决定”。^[21]这一类决定本质上是基于立法权和决定权相结合,使决定具有了立法的功能和效力的事实概括,因此也被称为“立法性决定”。立法性决定作为一个建构的法学概念,具有统摄事实和法律规范的功能,传统的立法权理论难以对其作出界定。这个概念较早由蔡定剑提出,他根据人大决定的作用区分了“立法性决定”和“监督性决定”。^[22]立法性决定包括有关法律的补充修改、法律实施、法律解释等。在此基础上,立法性决定又发展出“创设性的立法性决定”,^[23]因具有法律的构成要素和基本特征,被认为可以直接作为法律适用。立法性决定在法律的规范性、明确性和合宪性上都符合实质法律内容的要求,因此有学者根据形式的法律和实质的法律的区分,将这类决定称为“实质法律”的决定,^[24]也有学者通过“抽象法命题”、^[25]“以决定方式行使立法

[17] 参见林彦:《再论全国人大常委会的基本法律修改权》,《法学家》2011 年第 1 期,第 6-7 页。

[18] 参见马馼:《对〈关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定(草案)〉的说明——2012 年 12 月 24 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2013 年第 1 号,第 86 页。

[19] 参见范进学:《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 128-130 页。

[20] 参见李德旺:《基于暂停法律适用的立法授权研究》,《现代法学》2021 年第 4 期,第 169-174 页;陈多旺:《论悬置立法职权运作程序的正当化——以〈立法法〉第 13 条之“改革发展的需要”切入》,《法学》2019 年第 2 期,第 84-85 页。

[21] 并非所有有关法律问题的决定都具有立法权行使的属性,有关法律问题的决定的性质辨析参见秦前红、刘怡达:《“有关法律问题的决定”:性质、功能与制度化》,《广东社会科学》2017 年第 6 期,第 215-218 页;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 32-34 页。

[22] 参见蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》,法律出版社 2003 年版,第 324 页。

[23] 参见金梦:《我国立法性决定的规范分析》,《法学》2018 年第 9 期,第 82 页。

[24] 参见王贵松:《论行政法上的法律优位》,《法学评论》2019 年第 1 期,第 38 页。

[25] 参见陈鹏:《全国人大常委会“抽象法命题决定”的性质与适用》,《现代法学》2016 年第 1 期,第 65 页。

权”、^[26]“重大事项决定权”的学理概念进行规范建构。^[27]

在这一界定下,不仅前文中各项授权决定以及暂停适用法律的决定都属于立法性决定,还有诸如关于国旗、国歌、国家节日的决定,关于刑事法律制度的决定,关于国家机构改革方案的决定等大部分有关法律问题的决议都可以纳入进来,作为立法权行使的方式。例如,有学者在讨论《严禁卖淫嫖娼的决定》时认为这个决定就是法律,原因有二,其一,它经过了和立法一样严格的程序;其二,有一部分有关法律问题的决定不能因为其决定之“名”而否定法律之“实”,它们在司法裁判中是被认可的。^[28]再如,全国人大作出关于国务院机构改革方案的决定,虽是国务院组织法作出的职权规定,但其最终权源是《宪法》第 62 条第 3 款关于“制定和修改国家机构的基本法律”的规定。

3. 兜底职权与立法权的区分

立法性决定之所以在职权依据上容易混淆,主要是基于两点原因:第一是立法性决定的程序灵活;第二是立法权是一项高度概括性的列举职权。需要明确的是,立法权作为一项宪法列举职权,当全国人大的立法性决定在列举职权的文义射程范围内时,就不应当归入兜底职权,二者关系容易被混淆,基于规范主义立场有必要予以澄清。

立法性决定在我国法治发展的过程中发挥了重要的制度功能,但部分决定并没有在形式程序上受到立法法的严格约束,而呈现为命令、决议的形式。学界普遍认为,立法性决定是立法权和决定权两种权力共同行使的结果,但如果从全国人大的职权角度出发,决定权作为一种理论概括,在实定法的列举职权中并不存在,因此并非两种权力的共同行使,而只是以决定的形式行使了立法权。而这种形式合法性的问题是立法法问题而非宪法问题,应当在立法法的框架下解决,例如《立法法》修改增加的第 13 条就很好地解决了改革试点授权立法的合法性难题。因此,就决定的本质属性而言,它仍是立法权的行使,而不应当归入兜底职权,更不能基于形式要件上的合法性疑虑,就将这类决定归入兜底职权的行使,或者作为兜底职权与立法权共同行使的产物。^[29]这是立法权行使必须秉持的规范主义立场。

《宪法》第 58 条规定的立法权就是一项概括性极强的权力,这种极强的概括性从文本中即可窥见:第一,宪法不仅没有对立法的事项范围作出明确的限定,而且通过“由法律规定”对国家立法机关提出了具体的宪法义务,^[30]因此国家立法权的范围是极广的;第二,尽管《宪法》在第 62 条第 3 款对制定基本法律的事项作出列举,但是最终以“等”结尾,是一个典型的例示兜底条款,^[31]同样具有高度模糊性和开放性;第三,虽然全国人大与全国人大常委会存在立法分权,但是在调控的事项领域上也很难确定边界;^[32]第四,

[26] 参见江辉:《论全国人大及其常委会以决定方式行使立法权》,《环球法律评论》2023 年第 1 期,第 95 页。

[27] 参见孙莹:《论人大重大事项决定权的双重属性》,《政治与法律》2019 年第 2 期,第 35 页。

[28] 参见何海波:《论收容教育》,《中外法学》2015 年第 2 期,第 441-443 页。

[29] 例如有学者将此类决定全部归于兜底职权的行使实践进行实证研究。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 13-16 页。

[30] 参见胡弘弘:《依宪立法的再思考:“由法律规定”之宪法实施》,《政法论坛》2021 年第 3 期,第 29 页。

[31] 参见刘风景:《例示规定的法理与创制》,《中国社会科学》2009 年第 4 期,第 96 页。

[32] 参见韩大元、刘松山:《宪法文本中“基本法律”的实证分析》,《法学》2003 年第 4 期,第 10-12 页。

《立法法》第 11 条对全国人大及其常委会的专属立法权作出十项列举后,又作出了兜底性规定,^[33]而且,除专属立法权的事项外,全国人大及其常委会还可以就其他的非专属事项进行立法。

可见,我国《宪法》和《立法法》并没有明确国家立法权的事项边界,最高国家权力机关的立法权只受到宪法规范和民主程序的限制。在某种程度上,全国人大的立法权与它的兜底职权具有高度的相似性,即二者所确立的职权边界都具有模糊性和开放性,因此二者在职权明确性不足的事项范围上容易产生交集,但相较而言,立法权的明确性更高,当全国人大的行动可以被立法权辐射时,就不应当归入兜底职权的行使范畴。

(二) 宪法明确规定的列举职权

行使宪法明确规定的列举职权不属于兜底职权,这初看似乎是个不证自明的论点,当一项权力的行使可以归入列举的职权时,自然无需兜底职权出场,但实践所表现出来的复杂程度并不如职权的列举那般清晰。如果其他列举职权可以依附或通过兜底职权来行使,那么本应当接受严格合宪性审查的职权行为可能被掩盖。因此,对兜底职权作出界定,必须厘清与列举职权之间的关系。具体而言,全国人大在作出决定的实体权限和程序权限上,若都有明确的列举职权可以为之提供宪法依据,则无需运用全国人大的兜底职权。兜底职权的行使应当奉行列举职权穷尽主义,即可以归入明确列举的宪法职权依据的,不应当作为兜底职权的行使,只有穷尽列举职权而不足以提供权力依据的正当性基础时,才考虑行使兜底职权的可能。在这个问题上,有两种情况需进一步展开讨论。

1. 兜底职权不包括列举职权的“附带职权”

作为最高国家权力机关,全国人大在作出决定时是极为审慎的,若有明确、直接的规范依据,显然不会援引兜底职权条款。但基于社会的发展变迁,宪法文本与政治实践必然存在一定程度的宪法解释张力。如果基于这种宪法张力,将兜底职权作为某项列举职权行使的补强性依据或程序性依据,目的都是希望通过兜底职权的高度模糊性和开放性,去弥合文本与实践之间的张力。这种需要经由对全国人大的列举职权进行宪法解释而发展出来的权力,有学者将其称为“附带职权”而归入兜底条款中。^[34]但在法理学上,经由法律解释而进行的法律续造,所获得的发展性的法律内涵,也应当归于被解释的条款。换言之,如果没有兜底职权存在,全国人大的列举职权便无法通过宪法解释进行续造,一定程度上将导致列举职权无法被正常行使,这显然不符合宪法的职权原理。对列举职权进行宪法解释而获得发展性权力是列举职权的内在属性,无需通过兜底条款来实现。例如,有学者认为,1997 年全国人大作出《关于成立重庆市第一届人民代表大会筹备组的决定》是

[33] 《立法法》第 11 条第 11 项规定:“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。”对于专属立法事项的兜底条款,在《立法法》制定时设计兜底条款主要基于三个因素:其一,我国是单一制国家,立法法要保障中央对国家的统一领导;其二,我国的改革和发展是一个长期的过程,制定法律的条件不够成熟;其三,对国家机构之间、中央与地方之间的权限划分还不清晰,进行清晰而排他性的列举是困难的。参见武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社 2015 年版,第 61 页。

[34] “附带职权是以宪法法律上全国人大列举职权为依据,经由规范的法律解释方法推导而得的那部分权力。”这些权力属于法律计划内的宪法续造,是列举职权作为主权力时候的辅助性、执行性权力,属于全国人大兜底职权的一部分。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 13 页。

以《宪法》第 62 条第 13 项批准直辖市建置的职权为主权力行使的附带职权。^[35] 但此决定的作出完全可以通过对“直辖市建置”进行合宪性解释,使决定成为第 13 项列举职权的应有之义,无需以兜底职权来为其提供正当性依据。而且,将这种“附带职权”归入兜底职权还可能造成两个附带后果:

第一,影响宪法列举职权的发展性。通过宪法解释发展宪法,使之与时代相适应是宪法解释的重要功能。政治实践的宪法张力也可以通过宪法解释和法律的合宪性解释来进行弥合,以此进一步发展和丰富全国人大列举职权的宪法内涵。而如果将这种宪法解释的张力诉诸一个模糊而开放的兜底职权条款,那无疑错过了通过实践变迁完善宪法的机会,阻碍了宪法列举职权内涵的发展。

第二,全国人大难以判断职权行使的宪法界限。全国人大的一切行动不可能完全地按预设的列举职权进行归类,一个行为或一项决定可能会涉及到多种权力的行使,因此可能涉及多个职权条款。尽管兜底职权与其他列举职权共同构成规范依据具有正当性,但必须明确的是,兜底职权与列举职权并列为共同依据时,兜底职权应当成为决定中某项权力行使的核心来源,而不能是附带职权。兜底职权作为附带职权时,意味着作为主职权的列举权力并不能完全为权力行使提供正当性基础,^[36]那么全国人大所行使的权力是否超出了宪法的界限,就被具有高度模糊性的兜底条款所掩盖,无法对列举职权的宪法边界作出清晰的判断。

2. 兜底职权不包括宪法和法律分散列举的职权

兜底职权作为《宪法》第 62 条的最后一项,从文本结构上看,似乎所兜之“底”是第 62 条各项列举职权的底,而在第 62 条之外,宪法还分散式地对全国人大的职权作出规定,如第 63 条、第 69 条等。除此之外,在全国人大制定的法律中也还存在对全国人大的授权条款,这些职权未被列入第 62 条的职权条款之中,那么是否意味着,这些分散职权属于兜底职权的一部分?对于这个问题,可以从两个层面展开分析:

(1) 《宪法》第 62 条是一个封闭的职权条款吗?

如果仅从第 62 条的“具体列举+概括兜底”规范结构而言,容易产生第 62 条是宪法对全国人大作出整全的、封闭的授权条款设计的认识。但要判断宪法如何对国家机构进行职权设计,必须具备“体系思维”。因此,对第 62 条规范结构的判断,应超出第 62 条,对宪法规范进行整体把握,探寻法律规范之间的内在关联。

从上下文脉络关系来看,我国宪法在对全国人大作出职权规定时,并未试图通过一个整全的职权条款进行授权。比较典型的就是《宪法》第 63 条的规定,如果分散于其他章节和法律中的职权,是基于宪法结构的布局需要,那么《宪法》第 63 条的罢免权,紧邻《宪法》第 62 条置于同一章节中;如果需要建构一个整全、封闭的职权条款,那么制宪者不应

[35] 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 15 页。

[36] 在提出“附带职权”时,论者指出:“全国人大兜底职权条款和宪法法律列举职权条款共同构成附带职权的规范依据,否则,纯粹以后者为规范依据,可能悖离职权法定原则。”换言之,兜底职权作为附带职权主要是为主职权的行使提供正当性基础,以符合形式上的职权法定原则。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 13-14 页。

当将这个职权条款进行单独列举,影响第 62 条的整体性。而《宪法》却并未在第 62 条的选举任命职权后列举罢免权,可见制宪者并未考虑《宪法》第 62 条的封闭性。

从国家机构职权条款的一致性上看,我国宪法对各个国家机构作出职权规定时,都未建构一个封闭的职权条款。尽管全国人大常委会和国务院的职权条款也采取“列举+兜底”的规范结构,但是此二者的“兜底职权”是基于全国人民代表大会通过宪法法律所作出的授权。而且全国人大常委会在宪法文本中也有很多分散式的权力列举,例如主持选举(第 59 条)的权力、召集会议(第 61 条)的权力、^[37]组织特定问题调查(第 71 条)的权力等。如果认为分散式列举的职权应当归于兜底职权的一部分,那上述全国人大常委会的分散职权岂非归入了全国人大授予的职权?这显然不符合设定这些分散式列举职权的宪法原意。这种职权表述的方式也常见于立法中,例如《人民检察院组织法》中列举了检察院的八项职权,但这并不能完全概括检察院的全部职权,对此,法律修订者作出解释:“作为规范检察制度的基本法律,没有必要将其他法律规定的检察职权统统写入组织法,需要写入组织法的主要是能够体现法律监督属性的基本职权。”^[38]由此也可管窥全国人大对职权条款立法的基本理念。

综合以上判断,制宪者确立《宪法》第 62 条作为全国人大的职权条款,并非要建构一个整全的、封闭的职权条款,十六项职权并不代表穷尽了全国人大的所有职权。

(2) 宪法、法律列举的职权条款是否应当纳入兜底条款的范围?

全国人大设置兜底条款在世界各国的代议机关职权中属于特殊的现象,这是基于全国人大作为最高国家权力机关的独特地位而产生的。在大多数国家,代议机关的职权中确实存在“宪法和法律授予的其他职权”的条款,^[39]但这与我国宪法上的职权兜底条款存在本质差异。这是对其他分散列举职权的概括性描述,应当属于“概括职权”而非“兜底职权”,是一种严格的职权法定主义,以宪法、法律明确列举为限;若不通过民主审议修改宪法和法律,则不能获得其他职权。

这种概括职权与我国宪法的兜底职权具有完全不同的规范内涵。其一,兜底条款中的“其他职权”是一个具有高度模糊性和结构开放性的规范,宪法和法律的其他列举职权是明确的、确定的职权规范;其二,根据全国人大的职权法定原则,法律所列举的职权都是宪法职权的具体化,全国人大有可能通过立法去发展兜底职权的内涵,但不能将法律列举职权都归入兜底职权。例如,《国务院组织法》第 8 条规定“国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并,经总理提出,由全国人民代表大会决定”,这属于应当由全国人大制定的有关国家机构设立的基本法律制度,国务院机构设置、撤销、合并具有较大的变动性,因

[37] 这些职权在 1954 年宪法中列入了全国人大常委会的职权条款之中,也是属于全国人大常委会的职权。关于其权力属性的判断,参见赖伟能:《论全国人大“例会”的召集——从全国人大常委会推迟决定切入》,《政治与法律》2020 年第 9 期,第 25 页。

[38] 万春:《检察法制建设新的里程碑——参与〈人民检察院组织法〉修订研究工作的体会》,《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期,第 72 页。

[39] 例如,葡萄牙宪法第 164 条确立的共和国议会的权限中,最后一项即为“担任由宪法及法律授予之其他职权”。

而由全国人大以决定作出,^[40]这是由基本法律制定权发展而来的具体职权。再如,《立法法》第 108 条规定全国人大“有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第八十五条第二款规定的自治条例和单行条例”,这是对宪法监督权以及全国人民代表大会有权行使监督权的具体化。

总之,概括职权不具有兜底职权的高度模糊性和开放性,更不应混淆概括职权与兜底职权的差异,而将概括职权引入兜底职权的规范之中。

四 积极界定:兜底职权实践的可能展开

从法治原则出发,全国人大的绝大部分行动都应当被列举职权所覆盖,具有高度模糊性的兜底条款不应当被全国人大频繁使用,而只能是在极为例外的情况下的最后选择,因此有学者将这个条款在实践上定位为“为人大处理一些新问题提供宪法依据”。^[41]但什么属于宪法面临的“新问题”?上文通过消极界定梳理出绝大部分全国人大实践都不属于兜底条款的行使,但从现有实践审视,也有一部分无法归入以上排除的情况,这些“新问题”的出现,或许可以为寻找兜底职权提供理论概括的标准和可能。

(一) 列举职权无法容纳的重大事项决定权

决议的性质和行使的职权应当以决议的内容作为判断标准。一个重大事项可能涉及多个机关、多项职权的行使,不能单纯以事项类型为标准去划分职权。1955 年一届全国人大二次会议作出《关于根治黄河水害和开发黄河水利的综合规划的决议》(以下简称“黄河决议”)。“黄河决议”中所涉及的四个方面,^[42]是最高国家权力机关进行的统筹和长远安排,这个判断是具有历史依据的。在将黄河治理规划提请全国人大批准的问题上曾有不同意见,“有些同志认为,‘一五’计划和李富春副总理关于‘一五’计划的报告中都有关于黄河根治和综合开发的内容,没有必要再向全国人大做专题报告。”^[43]但邓子恢副总理在大会的报告中,回答了为什么要向全国人大专题报告黄河规划的问题,他说:“因为这一规划设计的不止五年,它的第一期工程就需要到一九六七年才能完成,所以需要作为第一个五年计划以外的单独问题来讨论。”^[44]

换言之,审查和批准国民经济和社会发展规划的职权不能完全支撑黄河规划的总体

[40] 习仲勋在对《国务院组织法(草案)》作说明时对此作出解释:“原组织法对国务院设置的部委逐一列出。鉴于二十多年来部委的设置变动较多,今后随着国家行政管理体制和经济管理体制改革的逐步推行,势必还会有所变化,为了保持法律的稳定性和严肃性,草案没有具体列举部委的名称。”习仲勋:《关于四个法律案的说明》,《中华人民共和国国务院公报》1982 年第 20 号,第 974 页。

[41] 刘茂林著:《中国宪法学导论》,北京大学出版社 2009 年版,第 314 页。

[42] 一是批准国务院提出的规划原则和基本内容;二是要求国务院采取措施迅速成立三门峡水库和水电站建筑工程机构,以及完成刘家峡水库和水电站的勘测设计工作;三是为了系统工作需要,要求陕西、山西、甘肃三省人民委员会在国务院指导下分别制定本省的水土保持工作分期计划并执行;四是要求国务院责成有关部门和省份对第一期灌溉工程负责进行勘测设计并保证及时施工。参见《中华人民共和国第一届全国人民代表大会第二次会议关于根治黄河水害和开发黄河水利的综合规划的决议》,《人民日报》1955 年 7 月 31 日第 1 版。

[43] 《彭真传》编写组编:《彭真传》(第二卷),中央文献出版社 2012 年版,第 851 页。

[44] 《彭真传》编写组编:《彭真传》(第二卷),中央文献出版社 2012 年版,第 851 页。

布局。从规划的性质而言,这是一个在编制、审查、批准、执行、监督国民经济和社会发展规划之上,进行总体性的远景规划和设计的权力;从规划的内容而言,“黄河决议”对国务院和各省的人民委员会都提出了统筹的要求;从规划的长远性而言,仅第一期工程就要超过十年,由两届以上的政府去执行,无法被一个周期的国民经济和社会发展规划实现,如果通过国务院编制、全国人大审查批准的常规方式进行,难以保证政策实施的连续性。

要归入全国人大兜底职权,首先要求不被列举职权所容纳,其次需要确认归属于应当由最高国家权力机关行使的职权。在1955年5月中央政治局会议对黄河治理规划进行讨论时,刘少奇指出:“根治黄河是一件大事,应提交全国人民代表大会讨论,作出决议。”^[45]这个判断也得到毛泽东的认可,邓子恢副总理在做报告时也强调将规划提交全国人大是因为,“黄河问题是全国人民所关心的……实现这一规划,不仅需要政府的努力,还需要全国人民的努力。”^[46]可见,对黄河治理规划进行讨论和决议,在彼时的背景之下,属于最高国家权力机关应当行使之职权。

由此可以归纳出“重大事项”决定权作为兜底职权的两个标准:一是重大事项的总体性远景规划超越了审查和批准国民经济和社会发展规划职权范畴;二是根据国家权力配置的功能适当原则,属于应当由最高国家权力机关作出决定进行统筹安排的事项。

(二) 宪制改革试验

1. “监察制度改革试点”作为一项宪制改革试验

为了建立权威高效的全覆盖监察体系,2016年11月,中共中央办公厅印发了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》,全国人大常委会于12月作出了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》(下称“监察体制改革试点决定”)。监察体制改革试点决定在国家机构中增设了一个新的权力分支——监察委员会,“一府一委两院的组织架构使监察委员会获得了组织上的独立性”,^[47]在试点地区形成了新的国家权力配置格局,从根本上改变了现行宪法所确立的人大制度的组织结构。监察体制改革试点也被称为“宪制性改革”,^[48]并且在试点之后的2018年通过修宪程序将监察体制在宪法中正式确立。

宪制改革试验与其他的授权改革试验不同,尽管全国人大常委会的决定为改革试点提供了法律上的正当性,^[49]但由于改革试点触及宪法体制的调整,无法在现行立法框架下完成改革试验,亦无法通过宪法解释来进行宪法变迁,因此一些观点认为,此项改革决

[45] 《彭真传》编写组编:《彭真传》(第二卷),中央文献出版社2012年版,第851页。

[46] 《彭真传》编写组编:《彭真传》(第二卷),中央文献出版社2012年版,第851页。

[47] 林彦:《从“一府两院”制的四元结构论国家监察体制改革的合宪性路径》,《法学评论》2017年第3期,第165页。

[48] 参见沈岷:《论宪制改革试验的授权主体——以监察体制改革试点为分析样本》,《当代法学》2017年第4期,第5页。

[49] 因为监察体制改革中也有涉及到暂时调整或者暂时停止适用《行政监察法》《刑事诉讼法》《人民检察院组织法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》等内容,2015年修改后的《立法法》规定了全国人大常委会对此作出授权,在此意义上提供了法律上的正当性。

定应当由全国人大基于主权机关地位和兜底职权作出。^[50]

2. 全国人大作为宪制改革试验的授权主体

我国的宪法文本并没有对宪制改革试验是否可行、由谁决定、如何展开、作何限制等问题作出明确规定,根据“法无授权即禁止”的公权力行使原则,似乎难以找到宪制改革试验的依据,全国人大何以成为有权作出决定的合宪主体? 职权依据是什么?

“全国人大作为最高国家权力机关和国家立法机关,在政治决断和立法形成上有广阔空间,但是亦须受宪法的框架秩序约束,具体而言,通过修宪增设新的权力分支,要在《宪法》第 3 条‘民主集中制’原则下,结合既有的国家机构规范展开,而不能无视宪法已经作出的权力配置,颠覆性地改变宪法的既有权力结构。”^[51] 因此,对于这种超越现行宪法体系需求的改革,在全国人大的列举职权中并无明确规定。是否可以将其作为立法权的行使?“制定国家机构的基本法律”是一项对宪法已确立的国家机构的立法权,监察体制的改革涉及新国家机构的设立,完全超出了全国人大制定国家机构的基本法律之权力。而国家机构的设置权是宪法保留的内容,因此对国家机构的设置是先于对国家机构进行立法的,如果全国人大可以依据立法权设置新的国家机构,那么无疑会“导致用基本性法律架空宪法的不好先例”。^[52] 因此无法通过立法权使全国人大获得监察体制改革的宪法依据,更无法将其作为一个一般的立法性决定,纳入立法权的范畴。

宪法文本中唯一确认的宪法变动方式就是依据严格法定程序进行的宪法修改,回顾我国历次宪法修改,主要功能也是“对改革成果的法律确认”,^[53] 但即便承认宪制改革试验是进行宪法修改的“先行先试”之起点,基于宪法修改程序的封闭性,^[54] 全国人大也显然无法以“修宪权”作为行使的合宪依据,更何况改革试验不必然引发修宪的结果。而在我国改革发展的过程中,诸多突破法治的变革被诉诸超宪法的价值,“良性违宪论”作为一种对改革正当化的立场引发了巨大争论,^[55] 但随着执政党对“重大改革于法有据”的肯定和强调,诉诸超宪法的价值显然不符合宪制改革试验的规范要求。

宪制改革试验对维持宪法的稳定性和适应性具有重要意义,于我国具有实践必要性与价值正当性,因此,对其作出合宪性解释,纳入宪法职权框架,方能高度契合“力求稳定与确认改革相结合”的宪法精神。^[56] 而全国人大作为最高国家权力机关,既是代表人民行使制宪权的国家机关,又是宪定的修宪机关,在一项涉及宪法体制的改革试验中,它无疑是唯一能承担起授权主体的宪法角色,此亦体现了“应当由它行使”的功能最适性,而

[50] 参见韩大元:《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 13-14 页;童之伟:《将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略》,《法学》2016 年第 12 期,第 6 页。

[51] 张翔、赖伟能:《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》,《法律科学》2017 年第 6 期,第 31 页。

[52] 秦前红:《全国人大常委会授权与全国人大授权之关系探讨——以国家监察委员会为研究对象》,《中国法律评论》2017 年第 2 期,第 26 页。

[53] 翟国强:《转型社会宪法修改的模式与功能》,《法学评论》2020 年第 2 期,第 96 页。

[54] 参见杜强强:《论宪法修改程序的封闭性》,《中外法学》2005 年第 1 期,第 35-42 页。

[55] 参见韩大元:《社会变革与宪法的适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》,《法学》1997 年第 5 期,第 20-21 页。

[56] 肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社 1986 年版,第 17 页。

在穷尽列举职权后依然无法容纳时,全国人大唯有通过行使其“兜底职权”,才能为宪制性改革试验提供宪法上的正当性基础,否则便只能在不改革和直接修宪的两条道路中作出选择。

3. 宪制改革试验作为兜底职权行使的证成及限制

宪制改革试验在我国宪法上是一种权力真空,在规范的真空状态下,全国人大作为主权者的代表,获得了宪法开放性的兜底授权,即“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”。兜底条款的开放性并不意味着其毫无边界、无所不包,任何宪制改革试验首先都应当证成在规范结构上契合兜底职权,即属于最高国家权力机关应当行使之范围。只有被兜底职权所辐射,才能获得权源的正当性;其次需要受到宪法规范条款的限制,如受宪法确立的共产党领导原则、民主原则、法治原则、人权保障原则等宪法基本原则和精神的约束;此外还需遵循授权改革试验的法治原理,以免以改革之名行修宪之实。因此应当明确改革试验的范围、时间、授权内容、行使方式等,作出尽可能详尽的制度安排是宪制改革试验的程序限制。

(三) 宪法未预见的创制性安排

1. “辽宁贿选案”的宪法处理困境

辽宁拉票贿选案是中华人民共和国第一起发生在省级层面破坏民主制度和人大选举制度的重大案件,严重违反党纪国法,影响很坏,也给处理工作带来极大的挑战。中央专案调查后,全国人大常委会专门召开临时会议,讨论如何处理如此“大面积”出现的贿选,最终通过了《关于成立辽宁省第十二届人民代表大会第七次会议筹备组的决定》(下称“辽宁筹备组决定”)作为治理方案。时任委员长的张德江在此次全国人大常委会会议上用了四个“严重违反(破坏)”、三个“挑战”和一个“触碰底线”等极为严厉的措辞,^[57]是因为此次贿选不仅仅是地方层面的法治问题,而且对宪法确立的人大制度和法治秩序带来了极大损害。但在处理辽宁贿选的问题上,宪法确立的制度框架也面临挑战。

第一,重大的新问题。因拉票贿选而被宣告当选无效的辽宁代表团全国人大代表和因收受钱财而被依法终止资格的辽宁省人大代表均人数较多,情况前所未有的复杂。决定草案说明中也指出成立筹备组的方案是经全国人大常委会党组报请党中央同意后作出,这进一步说明此次问题的重大性与特殊性。

第二,地方难以自己解决。由于绝大部分的辽宁省人大代表被罢免,省人大常委会组成人员中也有超过一半被终止代表资格,因而无法正常召开常委会。而省人大常委会是《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》确立的召集省人大全体会议唯一法定主体,无法召开常委会就导致无法重建一个合法的辽宁省人民代表大会,这无疑导致该省的国家权力机关体系难以运行。时任全国人大副委员长的李建国在“辽宁筹备组决定”草案说明中对此作出描述:“一个省级人大常委会出现这种情况,新中国历史上还没

[57] 参见《张德江主持十二届全国人大常委会第二十三次会议闭幕会并发表讲话》,《中国人大》2016年第18期,第4页。

有过。”^[58]因此,贿选所在地区很难通过自我革新和调整的方式去重新建立它的国家权力机关的体系,必须通过一个具备资格的“外力”来帮助它完成。

第三,制度空白。制宪者在制定宪法之时,恐怕未预料到会出现如此大规模伤害国家民主根基的贿选情形,在制定地方组织法和选举法、代表法之时,立法者也未对此种情形的出现作出前瞻性的制度设计。而若是要在问题出现后,通过宪法和法律作出制度设计来解决问题,修宪与立法所需经历的冗长和繁琐,在地方政权体系重建的紧迫性面前,则远水救不了近火。因此宪法和法律的制度空白无疑使问题陷入了“宪法僵局”。^[59]

最终,全国人大常委会认为“需要根据我国宪法和有关法律精神作出创制性安排”,这个创制性安排即是成立代行省人大常委会部分法定职权的临时性机构——辽宁人大会议筹备组,开展筹备和召集人大会议的工作。

2. 作出“创制性安排”的兜底职权定位

“创制性安排”是全国人大常委会在“辽宁筹备组决定”草案说明中提出的新概念,但对于何为“创制性安排”,并没有做出太多的描述。从前后文观之,可以界定为:面对宪法未予预见、且未做出制度安排的现实问题,由最高国家权力机关根据宪法和有关法律精神做出制度安排。

这种“创制性”首先体现为上下级人大关系的创造性发展。在设立地方人大常委会之初,彭真就明确指出上下级人大常委会之间没有领导关系,^[60]各级人大常委会对本级人民代表大会负责,上下级人大之间主要是“监督、联系和指导的关系”。^[61]从选举“委托—代理”的角度看,上级人大由下级人大选举产生,是下级人大的“代理人”,上级人大的权力来自于下级人大的委托,而全国人大常委会设立筹备组去代行下级人大常委会职权,与委托—代理的关系不同,^[62]与行政机构自上而下的领导和管理体制更具同质性。这种与传统的人大上下级关系相异的创制性安排,无论是宪法还是选举法等其他法律,都未作出相应的制度安排空间,因此是对人大关系的一种创造性发展。

在人大的实践中,设立筹备组代行职权并非首次,何以唯此称之为“创制性安排”?如在 1997 年设立重庆直辖市的时候,全国人大常委会也作出了《关于成立重庆市第一届人民代表大会筹备组的决定》,筹备组负责主持选举和召集会议的职权行使。在 2012 年国务院批准设立三沙市后,海南人大常委会也通过了《关于成立三沙市第一届人民代表大会筹备组的决定》。但是前述情形下设立的筹备组都是在建制新的行政区划背景下,

[58] 李建国:《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于成立辽宁省第十二届人民代表大会第七次会议筹备组的决定(草案)〉的说明——2016 年 9 月 13 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2016 年第 5 号,第 887 页。

[59] 有学者将政治过程中出现的宪法和法律文本无法解决的情形界定为“宪法僵局”,发生在没有明确的宪法规则的场域,因此也在宪法解释的作用范围之外。参见李少文:《全国人大常委会在宪法实施中的创制行为及其界限——以“辽宁贿选案”为例》,《政治与法律》2021 年第 5 期,第 65 页。

[60] 参见《彭真文选》,人民出版社 1991 年版,第 386-388 页。

[61] 谢蒲定:《上一级人大常委会对下一级人大常委会的监督、联系与指导研究(上)》,《人大研究》2010 年第 1 期,第 12 页。

[62] 参见李月军:《行为、制度、结构:三维视角下的辽宁贿选全国人大代表案与治理危机》,《领导科学论坛》2017 年第 4 期,第 61 页。

需要组建新的地方政权体系而作出的决定,本质上可以将其视为宪法上行政区划职权的延伸行使,为列举职权所辐射。^[63]而此次基于贿选而作出的设立筹备组决定,具有强烈的“解决新问题”的目标需求,与行政区划并无关联。

既然与之前的实践性质不同,那此次设立筹备组的决定所依据的职权条款是什么?有学者将其归为监督宪法实施的权力,^[64]但这仅限于对贿选涉案人员的处理上,而设立筹备组并授予代行之权,是为重建地方政权机关之需要,与宪法监督权内涵相去甚远。也有学者认为“全国人大常委会拥有宽泛的决定权,创制并不受制于宪法列举的决定对象和职责范围”,^[65]但这又明显不符职权法定的基本原理。

在面对贿选事件的多重宪法困境之下,对作出设立筹备组的决定应当作合宪性和合法性推定,这是“最高国家权力机关的性质决定的”。^[66]但在将如上可能的职权来源解释方案排除之后,只有全国人大的兜底职权可以容纳这项创制性安排,而这项决定在内容上也契合兜底职权的功能和开放结构。但是,全国人大在通过兜底职权设立筹备组代行职权时,也应注意恪守授权的边界,明确授权的范围、时间等。筹备组并非真正意义上的地方代表机关,并非要代表当地人民的意志,应当主要行使地方人大常委会关于召集会议、主持选举等组织程序性权力,而不能由此获得进行地方立法、对地方重大事项作出决定等实体性权力。

五 结论

兜底条款虽只是法律规范中的一项立法技术,但却往往关联着整个条款乃至制度的功能定位和规范内涵。具体来讲,全国人大职权兜底条款的理论阐释,向内辐射的是《宪法》第62条兜底职权与各项列举职权的关系,向外辐射的是全国人大与其他中央和地方国家机关之间的权力分工关系。因此必须基于第62条作出体系性解释,从积极界定和消极界定的框架出发,对可能被认为是兜底职权行使的实践进行分析。

在基于政治实践对兜底职权作出消极界定上,本文认为:

第一,大量的立法性决定是立法权而非兜底职权的行使;

第二,可以归入《宪法》第62条列举职权的,以及宪法和法律其他条款分散列举的全国人大职权的,不应当以兜底职权之名行使;

第三,全国人大不能通过行使兜底职权代行其他国家机关的宪定职权。

在基于政治实践对兜底职权作出积极界定上,本文认为:

第一,全国人大可以通过兜底职权行使列举职权无法容纳的重大事项决定权,事项的根本性、规划的长远性以及统筹的全局性是对重大事项作出判断的重要标准;

[63] 参见《宪法》第62条第13项、第89条第15项。

[64] 参见喻中:《关于人民代表大会筹备组的研究》,《东方法学》2017年第1期,第112页。

[65] 李少文:《全国人大常委会在宪法实施中的创制行为及其界限——以“辽宁贿选案”为例》,《政治与法律》2021年第5期,第74页。

[66] 秦前红:《返本开新——辽宁贿选案若干问题评析》,《法学》2016年第12期,第16页。

第二,全国人大可以通过兜底职权进行地区性宪制改革试验,为宪法修改提供确定性方案,但改革试验必须遵循宪法的基本原则和改革试验的基本原理;

第三,全国人大可以通过兜底职权作出宪法未予预见的创制性安排。基于央地关系的主导地位和中央国家机关层面的组织优位,全国人大在未预见的宪法挑战中,通过兜底职权承担应有的宪法角色。

全国人大兜底职权行使的积极界定并非一个不成不变的范围,它会随国家的职能、某一时期或阶段的国家任务而有所扩展或收缩,因此往往难以被清晰地界定。而“全国人大享有‘应当由最高国家权力机关行使的其他职权’这一规范语句暗示了一种授权标准”,^[67]对于是否属于其他职权行使的判断,最终都要在具体的宪法情境中,回溯到国家权力配置的功能适当性上。当一项需要行使的职权在内涵上具有模糊性和不确定性的争议时,应根据行使机关的组织结构、性质、组成人员、工作方式等确定该项职权的性质、内容、边界、归属等,使兜底职权行使的判断形成一个具有理性和客观价值的标准。

[本文为作者参加的 2023 年度研究阐释党的二十大精神国家社会科学基金重大项目“国家治理现代化背景下保证宪法全面实施制度体系研究”(23ZDA074)的研究成果。]

环球法律评论
GLOBAL LAW REVIEW

[67] 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 105 页。

Definition of the Miscellaneous Provision in the Chinese Constitution on the Powers of the National People's Congress

[**Abstract**] The miscellaneous provision on the powers of the National People's Congress (NPC) in Article 62 (16) of the Chinese Constitution, represents a cornerstone in the doctrinal construction of state institutions in the Chinese constitutional system. The NPC, as the highest organ of state power in China, traditionally has been perceived in constitutional scholarship as having "plenipotential, supreme, and infinite powers." However, as China's reform deepens and political practices evolve, questions regarding the boundaries of the powers of the highest organ of state power have gradually emerged. The principle of limited government and the principle of exercise of public power only when authorized by law are basic tenets of modern constitutional states. The powers of state organs are typically constrained by enumeration, but miscellaneous provisions, as a legislative technique, exhibit characteristics of ambiguity and openness and further increase the ambiguity of boundaries of powers. Therefore, it is essential to conduct a normative analysis of the miscellaneous provision in the Constitution on the NPC's powers, so as to clarify and limit through a systematic interpretation of the normative connotations of the functions and powers of the highest organ of state power. The Constitution establishes the power structure of the NPC with Article 62 of the Constitution at its core. Based on the practice of the NPC in the exercise of its powers, both negative and positive delineations can be made for the miscellaneous provision. The negative delineation method establishes what does not constitute a power under the miscellaneous provision, while the positive delineation determines what falls under the purview of the miscellaneous provision. Through negative delineation, this paper excludes from the normative content of the miscellaneous provision legislative decisions based on the exercise of legislative power, the developmental authority of the NPC's enumerated powers, the NPC's powers specified by the Constitution beyond Article 62, and constitutional powers vested in other state entities. Through positive delineation, instances such as decisions on significant matters of a visionary and comprehensive nature that fall beyond the scope of the NPC powers enumerated in the Constitution, experiments in the constitutional reform, and the filling in of institutional blanks unforeseen in the Constitution can be considered potential scenarios for the exercise of functions and powers under the miscellaneous provision. This approach provides the NPC with a constitutional basis for addressing emerging issues and ensures the standardized and correct exercise of its powers. The "should be" in the phrase "other functions and powers that should be exercised by the highest organ of state power" implies that positive delineation involves rational and objective value judgment criteria and that its scope is not immutable. It may expand or contract with the change of the functions of the state or the tasks of the state in a given period.

(责任编辑:支振锋)