

全国人大兜底职权的论证方法

谭清值

内容提要:全国人大兜底职权规范系《宪法》第62条第16项“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”,这是中国宪法应对新权力的最重要弹性机制,也是一项颇具理论魅力又困难重重的议题。基于公法原理中的职权法定原则,以新权力所需具有的权源依据为标准,全国人大兜底职权蕴含依次递进的三重内容:宪法法律分散式授予全国人大的“其他列举职权”,为了执行宪法法律已列举全国人大权力的“附带职权”以及重大事项决定权脉络上的“固有权权”。立足依法科学行权要求,三类职权各自遵循不同的论证方法。通过宪法法律规范的识别与梳理,必要时辅以文义解释,可以确认其他列举职权。附带职权则主要依据宪法法律已列举权力开展目的论解释。固有权权实质上在于确证“国家重大事项”标准,方法上主要依靠结构论搭建的法权秩序,并将全国人大行权能力、实践惯例等作为补充论证资源。该套论证方法可以指导全国人大新权力实践,提升其权力运作的宪法理性和规范化程度。

关键词:全国人大兜底职权 新权力 最高国家权力机关 依宪治国

谭清值,西南政法大学行政法学院讲师。

一 引言

在中国宪制框架下作为权力弹性机制的全国人大兜底职权,即《宪法》第62条第16项“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”,是中国宪法应对新权力的最重要机制。在坚持依宪治国、人大依法行权背景下,^[1]宪法如何应对新权力问题的意义更加凸显。实际上,该机制还隐含全国人大常委会兜底职权,即《宪法》第67条第22项“全国人民代表大会授予的其他职权”。不过具有全国人大常设机关的宪法地位,除了明示授权,全国

[1] 2019年中共十九届四中全会《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》要求“支持和保证人大及其常委会依法行使职权”;2020年中央全面依法治国工作会议提出“十一个坚持”,第四个坚持是“坚持依宪治国、依宪执政”。

人大常委会可以基于全国人大默示授权而直接行使其兜底职权。因此,本文使用的“全国人大兜底职权”概念,往往蕴含其常委会兜底职权(例外情况另作说明)。恰恰是由于全国人大兜底职权规定属于弹性权力条款,导致确证某一权力事项是否属于该类权力,就成为一个理论难题。特别是在国家和社会急剧转型的时代,新权力问题层出不穷,谁又会对这个议题不心动呢?

梳理既往研究,有论者视全国人大兜底职权条款赋予全国人大完全决定自身权限范围的资格与能力。^[2] 该论的规范依据实际上应当是现行宪法之前的历部宪法所规定的全国人大兜底职权条款——“全国人民代表大会认为应当由它行使的其他职权”。1982年宪法对此兜底条款的修正具有宪制性意义,它一改全国人大“认为应当”的自主赋权模式。撇开前论,当前学界对此有三种研究进路:

第一种是作为实体主义进路的“剩余重大事项决定权”,它将全国人大兜底职权归入重大事项决定权的范畴加以理解。^[3] 有论者提出以现行宪法法律为依据的列举法和排除法,并辅之以全局性、根本性和长远性等原则;^[4] 有论者针对剩余重大事项提出以“合宪原则”进行理论推导。^[5] 这些思考富有启发,但将全国人大兜底职权完全等同于剩余重大事项决定权,遮蔽了全国人大兜底职权的丰富蕴含,且实体主义进路永远无法列举全部兜底职权。第二种是作为程序主义进路的“遵守宪法法律”,顾名思义就是指全国人大行使兜底职权,应当遵守宪法法律的规定。^[6] 全国人大行权自然应当遵守宪法法律,该论本质上是將兜底职权的确证交由立法的民主审议程序,这将所遭逢的问题做了简化处理。第三种是作为解释主义进路的“宪法解释学建构”,从规范概念把握最高国家权力机关,以判断全国人大的权限,或从功能主义思路解释全国人大兜底职权规范的含义。^[7] 解释主义进路是富有前景的,只是当前思考尚留停于一般原理层次,尚缺可操作性的方法论支撑。

基于以往研究的得失权衡,本文汲取解释主义进路的有益成果,从宪法法律方法的视角,并结合全国人大兜底职权的行权实践,^[8] 致力于为其证立提供一套论证方案。

二 全国人大兜底职权规范的三重结构

现行宪法上全国人大兜底职权的规范表达,无疑较之前的宪法规范更加“保守”“谦

[2] 参见许崇德著:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2005年版,第511页;钱宁峰:《未列举权力条款的宪法史分析》,载《中国宪法年刊》2014年第10卷,法律出版社2015年版,第60页。

[3] 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318-320页;向立力:《人大讨论、决定重大事项权的规范化》,《法学》2016年第1期,第136-137页。

[4] 参见刘政、程湘清等著:《人民代表大会制度讲话》(增订本),中国民主法制出版社1995年版,第195-200页。

[5] 参见向立力:《人大讨论、决定重大事项权的规范化》,《法学》2016年第1期,第138-139页。

[6] 参见肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第151页。

[7] 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120-121页;张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,《中外法学》2018年第2期,第297页。

[8] 本文援引的人大决定是在“北大法宝”数据库、国家法律法规数据库中“有关法律问题和重大问题的决定”栏目全面搜索整理而得,最近访问时间[2021-07-30]。

逊”了。围绕1982年修宪者针对国家机关权力配置的意见,可以管中窥豹地略见修正此条款的动因。宪法修改草案的报告说明道:“全国人大、国家主席和其他国家机关都在他们各自的职权范围内进行工作。国家机构的这种合理分工,既可以避免权力过分集中,也可以使国家的各项工作有效地进行。”^[9]秉承国家机关之间权力的合理分工论,就无法支持全国人大作为全权机关。相较于此前宪法的巨大变动,1982年全国人大兜底职权条款的微调,似乎仅在其中扮演了微不足道的角色。但结合修宪者的论述,该条款修正背后所体现的国家权力观,能够表明修宪者已经意识到全国人大职权规范化问题。全国人大兜底职权条款的阐释应置于此修宪情境之中展开。

宪法规范是宪法条款所承载的规范性意义,而构成要件和法效果两要素构成一个完整宪法规范。据此,全国人大兜底职权条款系构成要件,而“全国人大行使的职权”则为法效果。在作为构成要件的“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”中的“应当”是规范性语句的关键词,它是对适用者判断标准的明确。构成要件中的“其他职权”是相对于《宪法》第62条前15项而言,同时排除了宪法明确赋予其他宪法机关的职权。而在剩余的权力空间结构中,“其他职权”的内容应当同最高国家权力机关的宪法地位相匹配,这是判断全国人大兜底职权的总理据。

最高国家权力机关的规范意义为“宪法法律”所界定,方才契合公法原理中的职权法定(宪定)原则。正是在宪法规范性原理的指引下,以新权力所需具有的权源依据为标准,可以将全国人大兜底职权规范推演为如下三项具体规则:第一,宪法其他部分列举或法律明确规定的指向“最高国家权力机关”享有的职权,可称为“其他列举职权”;第二,宪法或法律列举的全国人大职权中所蕴含的那类辅助性、执行性权力由全国人大行使,可称为“附带职权”;第三,除以上两类职权外,那些没有明确的权源依据、但在整个国家权力结构中同最高国家权力机关地位相吻合的职权,归由全国人大行使,可称为“固有权权”。综上,全国人大兜底职权依次由其他列举职权、附带职权和固有权权构成。下面将着重论述各类职权成立的正当性以及彼此之间的勾连。

(一)其他列举职权:以宪法法律规定为确认权源

纵观域外宪法规定代议机关兜底职权,一般将“宪法”“法律”作为该类条款的权源界限,即兜底职权的范围以宪法或法律的授权为限。譬如,1976年《古巴共和国宪法》第75条规定全国人民政权代表大会兜底职权为“宪法授予的其他职权”。^[10]再如,2006年《塞尔维亚共和国宪法》第99条第3款规定“国民大会亦应行使宪法及法律规定的其他职权”。^[11]在人民代表大会制政体结构下,全国人大“其他列举职权”包括两方面:

第一,《宪法》第62、67条之外的其他宪法规范授予全国人大及其常委会行使的职权。制宪者将明确授予全国人大的部分职权分散规定在宪法各处的原因如下:一是从宪法结构看,有基于宪法文本简洁、逻辑衔接等方面的制宪技术考虑;二是分散授予职权的

[9] 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2015年版,第570页。

[10] 参见朱福惠、胡婧主编:《世界各国宪法文本汇编》(美洲、大洋洲卷),厦门大学出版社2015年版,第458页。

[11] 参见朱福惠、邵自红主编:《世界各国宪法文本汇编》(欧洲卷),厦门大学出版社2013年版,第479页。

类型与集中列举职权存在差异。比如,《宪法》第 65 条第 1、2 款规定全国人大常委会的组成人员及其中少数民族代表名额的要求,而第 3 款则顺势规定全国人大对其常委会组成人员的选举罢免权,此种安排在整体上更为契合宪法的规范结构,且该项职权属于全国人大内部组织成员的权力,有别于他律型的集中列举职权。

第二,全国人大及其常委会制定的法律所定由其行使的诸类职权。《立法法》第 8 条规定了只能制定法律的事项。据此,纵然全国人大兜底职权的表述本身不蕴含“法律”的限定,但在法秩序中,法律规定人大职权应被理解为通过民主审议程序将兜底职权法律化,属于法律保留内容。由于全国人大作为最高国家权力机关的特定属性,其兜底职权交由法律规定保留,不存在人大“自肥”的疑虑。^[12] 因此,在探究其内在构成时,适宜直接将法律作为权源依据之一。值得辨识的是全国人大其他列举职权与国家立法权的关系,因为容易将前者大而化之地归入立法权的范围,进而否认“其他列举职权”的独立性。诚然,宪法创制了各类具体权力,包含全国人大兜底职权,而关于国家权力的具体立法属于创制性立法,在立法时只能将宪法授权规范具体化,而不可仅强调消极的不抵触原则。^[13] “其他列举职权”的具体立法属于创制性立法,应当严格依照宪法进行细化规定。因此,“其他列举职权”具有独立的意义,这种独立性还表现为全国人大可以直接依据宪法行使该类职权。

基于制宪技术、权力类型差异、兜底职权法律发展等方面的切实考虑,宪法法律分散规定了全国人大及其常委会的部分职权。如此,宪法法律分散列举职权条文对全国人大及其常委会的直接授权,实际上已经解决了权力依据问题。然而,本文似乎另费周折地将它们统称为“其他列举职权”,并归入所论的兜底职权之中,有两个互为支撑的正当性理由:一是国家权力机关职权规范化、体系化的内在要求。在宪法至上的语境中,国家权力布局的碎片、凌乱是难以接受的,有违立宪主义精神。宪法创设全国人大兜底职权,本身蕴含了对国家权力机关权力体系性的安排与追求。二是对法律所定“其他列举职权”进行合宪性检视时,只有将它们最后归入全国人大兜底职权,才能够确立对其进行宪法评判的规范基础。

(二) 附带职权:以列举职权为解释权源

如果说“其他列举职权”仅是将宪法法律作为确认权力的来源,那么“附带职权”则是以宪法法律上全国人大列举职权为规范依据,经由推导而由全国人大兜底职权规范最终吸纳的那部分权力。仅看文字表述,全国人大兜底职权规范似乎与附带职权没有必然的关联,但细致考究,它内含附带职权的面向。该认识有来自现实的需求性、理论的支撑性、规范的容许性等三方面的理由依据。

第一,附带职权的提出具有权力现实的需求性。制宪者通过宪法列举方式授予全国人大相应职权,以赋予其行权的合宪性,但制宪者着实没有必要将那些围绕列举职权的辅

[12] 有学者认为对立法机关的职权应实行宪法保留,而非法律保留。参见王锴:《论组织性法律保留》,《中外法学》2020 年第 5 期,第 1312-1313 页。

[13] 不同于创制性立法,主要对社会中事实规则进行确认的民事立法属于确认性立法。参见叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,《法学家》2013 年第 5 期,第 31-32 页。

助性、执行性权力再逐一进行列举。若制宪者不遗余力地列举这类权力,将使宪法文本变得异常冗余、繁杂。同理,法律亦没有必要也不可能事无巨细地列举全国人大职权,何况立法总是滞后。既然宪法创设了全国人大兜底职权规范,那么将附带的权力归入其中,就能更为明确地指示立法者的规范意图,免去附带职权有无的诸多不必要的口舌之争,^[14]同时有助于实现全国人大职权规定的圆满性。

第二,在理论上,默示权力理论可以为附带职权的证立供给理论资源,以回应现实需求。在比较法的视域,他国亦有类似代议机构附带职权的论题。附带权力经常被纳入默示权力理论进行探究。^[15]考虑到默示权力的丰富蕴含,在严格意义上,附带权力仅属于默示权力之一种。美国学界针对默示权力的丰富讨论,与宪法上明确规定“必要且适当”这一国会权力弹性条款有莫大关联。^[16]通过历史解释,制宪时期的证据已表明“必要且适当”条款的目的旨在形成一种建构规则,^[17]这与全国人大附带职权规则的价值目标是一致的。因此,在廓清不同国家宪制结构、规范基础区别的情况下,默示权力一般原理可以成为理论对话的资源。

第三,全国人大兜底职权规范相对开放的空间结构足以涵括附带职权的要素,为现实需求性和理论支撑性奠定规范基础。美国宪法上“必要且适当”条款的类似规定可见于《澳大利亚联邦宪法》第51条第38项和《欧洲联盟运作条约》第352条第1款。^[18]然而,尚有诸多国家没有此类规定,但并不能说该国宪法就不承认默示权力。如印度宪法没有该类规定,可是印度最高法院在案件中肯认了默示权力,即针对宪法列举权力当中具有宽泛含义的措辞,给予它们狭窄或受限的建构是不适当的,它们必须被解释得足以囊括那些适当且合理地包含其中的附带事项。^[19]更何况,全国人大兜底职权规范的文本结构具有相对开放性,为附带职权的成立预留了足够的规范空间。需辨识的是,代议机关附带权力的规范容许性与国家结构形式(单一制或联邦制)没有必然关联。在单一制的立宪主义国家,因为代议机关的权力为宪法而非自身所赋予,同时列举职权不可能做到尽善尽美,所以附带权力议题仍有探究的制度空间。这是全国人大附带职权得以提出和阐释的立宪主义国家制度背景。

[14] 2012年全国人大常委会作出《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》,随后该授权改革试点决定的合法性引起了颇大争议。2015年《立法法》新增第13条,方才缓和了其合法性的疑虑。据本文的三分法,从2015年开始,授权改革试点决定权由“附带职权”转变为“其他列举职权”。在附带职权阶段,它所依靠的列举权力为《宪法》第62条第3项、第67条第2、3项所构筑的国家立法权。

[15] 除了 implied power 指称默示权力外,还有 unwritten power、ancillary power、incidental power、secondary power 等术语。参见 Arun Sagar, Notes towards a Theory of Implied Powers in (Indian) Constitutional Law, 7 *NUJS Law Review* 249, 251 (2014)。

[16] 美国《宪法》第1条第8款列举了国会的权力,并在最后规定:“为了行使上述各项权力,以及行使本宪法赋予合众国政府或其各部门或其官员的种种权力,制定一切必要的和适当的法律。”参见朱福惠、胡婧主编:《世界各国宪法文本汇编》(美洲、大洋洲卷),厦门大学出版社2015年版,第592页。

[17] See Robert G. Natelson, The Agency Law Origins of the Necessary and Proper Clause, 55 *Case Western Reserve Law Review* 243, 273-283 (2004)。

[18] 参见朱福惠、胡婧主编:《世界各国宪法文本汇编》(美洲、大洋洲卷),厦门大学出版社2015年版,第972-973页;《欧洲联盟基础条约:经〈里斯本条约〉修订》,程卫东、李靖堃译,社会科学文献出版社2010年版,第168页。

[19] See Arun Sagar, Notes towards a Theory of Implied Powers in (Indian) Constitutional Law, 7 *NUJS Law Review* 249, 253-257 (2014)。

(三) 固有权:以宪法秩序为论证权源

那些无法依赖宪法法律列举职权条款解释、推演而得,只能根据宪法的整体含义或宪法所构筑的价值秩序进行论证,最终推导出的新权力,可归为“固有权”。全国人大固有权在某种程度上会运用到附带职权论证中的目的论思维方式,因此两者论证方法体系有交叉之处,但两类职权彼此具有排他性,因为它们区隔的核心是权源依据不同。固有权不依赖于宪法法律所明确列举的某一单项职权,无法简单地获知立法者的权力意志,而附带职权完全可能通过其附着的列举权力而发现立法者的规范意图。将固有权和附带职权区分开来,一则方才能真正增进全国人大对其兜底职权的行权理性。例如,基于人大依法行权的准则,固有权在全国人大兜底职权的构成体系中具有最后性、兜底性,是一种迫不得已的权力类型,进而行使该职权将负担更重的论证任务。二则才能更为清晰地发掘它们各自存在差异的论证方法,形成科学的方法体系。考虑到兜底职权论证方法上的特殊性,如此才能最大限度地防止恣意行权而侵犯基本权利。

结合比较宪法的视界,全国人大固有权的存在具有它的正当性基础。在权力本质属性上,随着国家情势的不断变化,必然出现制宪者无法预见、至为艰巨的难题,这就需要为改革宪法之下的全国人大提供一套灵活而非僵硬的职权体系,以使它拥有足够的规范空间和能量应对未知的复杂环境。在固有权这一侧面,全国人大兜底职权规范具有“遗漏权”的规范属性。遗漏权并没有太多的神秘色彩,它的产生源于立法者的有限理性。在创制宪法或制定法律过程中,纵然已是精英的立法者,仍无法对未来社会情势作出准确判断,进而导致所列举的职权出现遗漏现象。对于立法者根本无法把握的遗漏权力,便由全国人大兜底职权规范予以“承接”。因此,坦然承认全国人大固有权,不意味着全国人大拥有全权性,因为固有权的成立需经历一个具备宪法理性的论证过程。

另外,在行权的现实要求上,人民通过宪法设定了国家的诸项目标与任务,特别体现在宪法的总纲部分,并主要由宪法赋予各国家机关明确职权的方式加以实现,但实现前述目标与任务具有诸多可能性,全国人大作为享有最高国家权力的机关,可以凭借自身的组织与功能结构去较为灵活地实现。比如,为了促进经济发展,1988 年全国人大作出《关于建立海南经济特区的决议》,划定海南岛为海南经济特区。虽然宪法法律没有明确规定经济特区的划定权,但没有必要轻易地认定全国人大此类行权实践违宪。基于最高国家权力机关的地位,该项权力可归入固有权。无独有偶,基于美国的宪法历史与实践,需要联邦采取行动的宪法序言和列举权力之外的宪法条款,是对政府目标的额外授权,它们赋予联邦政府行使其固有立法权以实现这些目标。通过政治过程和国会采取的具体行动,作为政府动态演进框架的宪法的含义可以随着时间发展。^[20] 由此,立足宪法目标的有效实现,全国人大固有权具有成立的现实必要。

伴随人民代表大会制度的发展演化,全国人大兜底职权三重结构的划分标准获得了

[20] See Robert J. Kaczorowski, *Inherent National Sovereignty Constitutionalism: An Original Understanding of the U. S. Constitution*, 101 *Minnesota Law Review* 699, 701-702 (2016).

规范层面的进一步强化。2021年《全国人民代表大会组织法》在增设的“总则”一章中增加规定,全国人大及其常委会“依照宪法和法律规定行使职权”。依据宪法上全国人大兜底职权规范预留的权力空间,在兜底职权内部划分中,宪法法律规定是其他列举职权的权源依据,以此为初步基础,附带职权则是将宪法法律上列举的全国人大职权作为权源依据,而固有权则是以整部宪法秩序为权源依据。为此,三类职权之权源依据的区别,也决定了它们各自论证方法的差异。

三 其他列举职权的识别与梳理

“其他列举职权”是相对于《宪法》第62、67条对全国人大及其常委会的集中授权而言,该类职权是以宪法法律条文作为确认权源,继而主要通过规范识别与梳理的方法加以论证,必要时进行文义解释。

(一) 宪法授予的其他职权

通过规范梳理的方式,确定宪法明确授予全国人大的其他职权。正由于是“明确”的授权,所以该类“其他列举职权”的范围可以被较为容易地固定下来。经考察梳理,它主要包括四个方面:罢免权、设立并领导专门委员会、组织调查委员会以及对其他国家机关的监督权。^[21]以“对其他国家机关的监督”为例,由全国人大选举产生的国家机关都由其负责监督,听取和审议其他国家机关(中央军事委员会除外)的工作报告是其实行监督的基本形式。

根据权力的性质,设立并领导专门委员会的职权属于议会自律权的范畴。所谓议会自律权,是指议会不受其他国家机关之监督与干涉,就有关其内部组织或运作,具有自主决定的权能。^[22]而组织调查委员会的职权,只是为了全国人大及其常委会更有效地行使宪法所赋予的国家权力。因此,设立并领导专门委员会、组织调查委员会等职权只是具有辅助性的权能。值得指出的是,《宪法》第70-71条规定,全国人大及其常委会有权领导专门委员会和组织调查委员会。虽然全国人大常委会享有的这些职权是基于宪法的明文授权,但仍应当在性质上将这些职权归为全国人大常委会兜底职权,因为全国人大已经通过宪法将这些职权明确授予其常委会行使。

然而,宪法对全国人大授予的其他职权,并非总是至为明晰的,仍存在一些相对模糊化的授权规定。除了授予职权的内容存在一定的模糊外,这种模糊性也表现为被授权主体的模糊。鉴于全国人大在国家权力结构中的“最高性”政治地位,那些归属不明的行权内容应推定属于全国人大。而后,由全国人大通过立法的方式将其内容予以具体化,或者直接依据该类其他职权规范以作出决定、决议的方式行使职权。比如,“推行计划生育”“保护和改善环境、组织和鼓励植树造林”“镇压危害国家安全的犯罪活动”等,它们的宪

[21] 四项职权的宪法基础分别为《宪法》第63条、第65条第3款、第69、70、71、92、94、126、133、138条。

[22] 参见[日]芦部信喜著:《宪法》(第六版),高桥和之增订,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第246-252页。

法基础分别为《宪法》第 25、26、28 条。

以“推行计划生育”为例详细说明。《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。”该条规范确立了计划生育的基本国策，内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，在制度层面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，是全国人大兜底职权规范所指示的权力内容，既可以通过立法，又可以直接经由决定、决议的方式行使该项权力。反观行权实践，2001 年全国人大常委会根据宪法，以正式立法的方式制定了《人口与计划生育法》；2013 年全国人大常委会又以决议的规范形式作出《关于调整完善生育政策的决议》，其最主要的内容为“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”。^[23] 可见，全国人大及其常委会在切实以决定、决议方式实施宪法授予的其他职权。

（二）法律授予的其他职权

除了宪法授予全国人大其他职权外，法律有授予全国人大宪法列举职权之外的其他权力。由于法律数量众多，逐条梳理实为不易也不明智。实际上，1982 年宪法修订以来全国人大及其常委会经常作出有关决定，全面梳理这类决定文本可以发现四类法律列举的其他职权。

第一类是全国人大代表名额分配决定权。2010 年《选举法》第 16 条第 3 款规定，全国人大代表名额的具体分配，由全国人大常委会决定。虽然法律将该决定权授予全国人大常委会，但基于全国人大与其常委会之间的领导与被领导关系，2017 年第十二届全国人大作出了《关于第十三届全国人大代表名额和选举问题的决定》。第二类是授权改革试点决定权。2015 年《立法法》第 13 条规定，全国人大及其常委会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。此后，全国人大常委会依据该条作出了多达 14 项旨在弥合改革与法治裂痕的授权决定。例如，2017 年全国人大常委会作出《关于中国人民武装警察部队改革期间暂时调整适用相关法律规定的决定》。第三类是专门人民法院规定权。根据 2006 年《人民法院组织法》第 28 条，专门人民法院的组织和职权由全国人大常委会规定。据此，2014 年全国人大常委会作出《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》。第四类是国务院机构改革决定权。根据 1982 年《国务院组织法》第 8 条，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大决定。以此为依据，2008 年全国人大作出《关于国务院机构改革方案的决定》。不过，法律授予的其他职权绝不限于以上四类，它们只是通过行权实践反观的结果。伴随立法者的决策考量，此部分职权呈动态演化之势。

[23] 根据 2021 年中共中央、国务院《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》规定的三孩生育政策，同年全国人大常委会直接修订《人口与计划生育法》，规定“一对夫妻可以生育三个子女”，这本质上属于通过立法方式行使该项权力。

四 附带职权的规范解释方法

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。但解释方法及其具体规则众多,选择最佳的解释方案以契合附带职权的科学论证要求,显得至关重要。

(一) 基于附带职权特质遴选最佳解释方案

为了更为合理选取附带职权的解释方法,下面择要以“必要且适当”条款为镜一探附带职权的特征。恰如麦迪逊论述到,若没有“必要且适当”条款,那美国整部宪法可能是一纸空文。^[24] 在美国宪法上解决新权力问题,除了将某一特定权力尽可能解释,并入宪法已列举权力条款外,另一个重要的方案是通过“必要且适当”条款为这类新权力提供合宪性依据。但“必要且适当”条款的理解适用存在诸多争议。在涉及“必要且适当”条款的案件中,马卡洛诉马里兰州案是第一个也是最重要的案件,该案就有众多解释方案。该案中,持宽泛解释立场的马歇尔支持了美国第二银行法案的合宪性,主要理由是“必要且适当”条款不能被解释成限制国会的权力,因为宪法没有必要特别提及仅作为手段以执行宪法列举权力的那些权力,宪法当中必然包含大量附带权力以待国会进行立法。^[25] 摒弃宽泛与严格解释之间的对峙立场,客观地揭示“必要且适当”条款原初公共含义,使之成为根据实际开展新解释的起点,更有实益。“必要”的原初含义创造了一个“手段与目的”相符的要求。针对“适当”的含义,则需要考虑手段和目的两个方面各自内容的适当性。作为一项手段的执行性法律,它应是政府正当的规制行为,而非宪法秩序禁止的行为。而如果一项法律被制定用于实现一个不适当的目的,那么该法律也将不适当。^[26] 因此,美国国会在选择作为手段的附带立法时,被限制在“必要且适当”的标准之内。

甄别可见,“必要且适当”条款与全国人大附带职权存在差异,主要表现在:第一,“必要且适当”条款是国会立法权范围意义上的规定,而全国人大附带职权是有具体行动内容的权力,可以通过立法方式将其法定化,但它不同于立法裁量权。第二,依据“必要且适当”条款立法的范围包括合众国政府或其各部门、各官员的权力,而全国人大附带职权的空间限于全国人大自身所拥有的具体职权。第三,两者采取了两种不同的标准,前者为“必要且适当”的立法标准,后者系“应当由最高国家权力机关行使”的行权标准。

全国人大附带职权对于宪法法律列举权力具有明显的依赖性和附属性,而且附带职权的享有主体限于全国人大及其常委会,因此,附带职权解释的规范依据只能限于宪法法律授予全国人大及其常委会的权力条款,而不包括其他国家机关的列举权力条款。同时,附带职权是拥有具体行动内容而非立法裁量性质的权力,因此它的解释方法就要遵循职权法定(宪定)原则。这就要求,全国人大兜底职权条款和宪法法律列举职权条款共同构

[24] See Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Simon & Schuster, 2004, p. 322.

[25] See *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819).

[26] See Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Necessary and Proper Clause*, 6 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 183, 208-220 (2003).

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。

在明确了解释的规范依据基础上,附带职权的解释方法不是文义解释,而是法律计划之内的法律续造(含宪法续造)。因为如果是文义解释范畴的方法,那么就同“其他列举职权”的类型相混淆了。在法律方法语境中,为使法律列举权力更为圆通,需要通过规范的解释方法对其可能存在的漏洞进行填补。而填补“法律列举权力之漏洞”的前提条件,就是确认漏洞的存在。漏洞的存在具有普遍性,并非是天大的事。这涉及到对特定列举权力本身规定意向的探知,因为漏洞就是对法律的规定意向所作的“不圆满性”的评价与判断。释法者只有阐明了法律对特定列举权力着实在规定的意向,才能判断规范是否存在不圆满性。针对宪法列举权力的漏洞填补,就涉及到宪法续造的问题。该法律方法主要运用于司法场域,不过基于释法的本质属性,人大行权仍然具有可适用性,更何况在规范层面全国人大享有宪法监督权,且全国人大常委会享有释宪权和释法权,它们具有充分的权力能力。站在为全国人大依法科学行权论证的立场,附带权力主要涉及开放型漏洞,而非隐蔽型漏洞,^[27]目的论扩张解释则是填补开放型漏洞的主要方法。因此,在宪法法律计划之内以目的论的思维手段,探求立法者的规范意图,成为附带职权生成的核心方法。

不过,附带职权的权力扩展功能是有限的,它的目的论解释应当遵循几项制约:其一,应受到法规范调整意图、计划及其内在目的约束,同时不得与法条文本的字义明显抵触。其二,不能违背论理法则。由于目的论解释不是从文义得出的当然解释,逻辑推理更应当正确无误,否则难以让人信服而使解释结果无法获得规范效力。^[28]其三,“应当由最高国家权力机关行使”的行权标准是目的论解释的规范底线。这些制约因素全部适用于附带职权论证过程,否则目的论解释将成为华丽的文字装饰而丧失实质的证成能力。

(二) 附带职权解释方法的展开与例证

在宪制结构中,全国人大才是中国宪法的“守护者”,且制度与理论上最高人民法院不能参与附带职权的建构,全国人大具有较充分的附带职权形成空间。立足此认识,并结合全国人大行权实践,下面着力搭建附带职权生成的具体框架。附带职权生成过程,依赖于宪法法律授予全国人大及其常委会的职权规范,即主权力依据。换言之,在具体解释过程中,附带职权仅包括那些对于实施宪法法律列举的“主权力”有合理关联的辅助性、执行性权力,并最终契合“应当由最高国家权力机关行使”的行权标准。这里将全国人大常委会的列举职权纳入,是因为全国人大常委会兜底职权的内容受全国人大意志支配,而基于全国人大默示授权,作为其常设机关的全国人大常委会可以行使其兜底职权。《宪法》第 62、67 条集中列举了全国人大及其常委会职权。此外,宪法法律零星地授予全国人大及其常委会权力。以更好地实施这些职权为目的,全国人大紧密围绕这类职权而采取合理的措施,同时,那些涉及公民基本权利的措施又通过比例原则的检验,就适宜认定为全

[27] 开放型漏洞出现在制定法对特定事实没有设定适用规则の場合,虽然根据制定法自身的目的,这种规则本应被包含。隐蔽型漏洞是指制定法虽然含有可适用的规则,但根据规则的意义和目的,适用该规则不合适。参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 473-475 页。

[28] 参见吴庚著:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 330-331 页。

国人大附带职权。

目的论解释只是附带职权生成的主导方法,并非全部方法内容。在目的论解释过程中,全国人大对宪法框架下的制度资源以及自身的历史实践是有所依赖的。其实,适用“必要且适当”条款时,也需要美国宪法文本之外更多的内容,比如普通法司法解释或历史实践。^[29] 需强调的是,当全国人大为实现宪法法律明确授予的目标而选择手段涉及公民基本权利时,附带职权中“手段与目的”的各项内容,得经受宪法上比例原则的评价。美国依据各种不同类型的基本权利发展出的不同审查基准(合理、中度及严格审查基准),实质上是大陆法系比例原则在不同基本权领域不同程度的展现。^[30] 因此,比较法上的反思对照有益于明晰附带职权解释方法的具体展开。

先看以宪法为依据的附带职权实践。^[31] 例如,1997年全国人大常委会作出《关于成立重庆市第一届人民代表大会筹备组的决定》,但宪法没有规定全国人大常委会有权成立该类筹备组。不过,根据《宪法》第62条第13项,全国人大有权批准直辖市的建置。依据该项职权,1997年全国人大作出《关于批准设立重庆直辖市的决定》,决定“批准设立重庆直辖市,撤销原重庆市”。重庆直辖市的政权组织建设,自然蕴含建立重庆市人大,并由其产生重庆市的其他国家机关。作为实施措施的重庆市第一届人大筹备组,其目的正是推进重庆市地方政权组织建设,而且该措施是必要的阶段工作,也没有侵犯基本权利之嫌。历史地看,根据全国人大的授权,全国人大常委会曾于1993年作出《关于设立全国人大常委会香港特别行政区筹备委员会预备工作委员会的决定》,以服务于香港特别行政区的设立。该决定的性质和功能类似于上述1997年决定,可见全国人大常委会此次行权有先例可循。因此,作为常设机关的全国人大常委会,在全国人大闭会期间为重庆直辖市的建置而成立人大筹备组,宜认定为是行使附带职权的实践。

再看以法律为依据的附带职权实践。例如,2002年全国人大常委会作出《关于第一任全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会成员继续履行职责的决定》,确定在下一届全国人大常委会任命第二任香港基本法委员会之前,第一任全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会成员继续履行职责。香港基本法委员会属于“工作委员会”的性质。根据1982年《全国人民代表大会组织法》第28条,它由全国人大常委会设立。在全国人大常委会尚未任命下一届香港基本法委员会成员之前,由其自身作出以“继续履行职责”为主要内容的决定,其目的是为基本法委员会的运行提供合法性支撑。因此,组织法没有必要列举该类辅助性的职权,将其作为附带职权由人大根据实际情况行使即可。^[32] 不过,附带职权的目的是论解释受制于诸多因素,对于超越规范解释方法限度的职

[29] See David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, pp. 33 - 49; Curtis A. Bradley, Trevor W. Morrison, Historical Gloss and the Separation of Powers, 126 *Harvard Law Review* 411, 417 - 432 (2012).

[30] 参见许宗力著:《法与国家权力》(二),我国台湾地区元照出版有限公司2007年版,第137 - 139页。

[31] 典型实例如1992年全国人大《关于兴建长江三峡工程的决议》,其主权力依据是《宪法》第62条第10项;1993年全国人大《关于授权全国人民代表大会常务委员会设立香港特别行政区筹备委员会预备工作委员会的决定》,其主权力依据是《宪法》第62条第14项。

[32] 典型实例如2017年全国人大常委会《关于延长人民陪审员制度改革试点期限的决定》,其主权力依据是2015年《立法法》第13条。

权行为,要纳入固有权权考量。

五 固有权权的宪法建构方法

相较于附带职权,全国人大固有权权具有更为宽泛的内容和更大的不确定性,因为附带职权尚可以诉诸一项宪法法律列举的“主权力”加以锚定,而固有权权却没有这样确切的方向。确证某一特定事项属于固有权权,需要更为严密的论证。

(一) 固有权权潜藏“国家重大事项”标准

如果将目光投向人大权力理论与实践,可以发现全国人大固有权权与具有兜底作用的“剩余重大事项决定权”存在内在关联。无论是人大研究的理论界还是实务界,一般将全国人大的职权归纳为四项:立法权、监督权、人事任免权和重大事项决定权。^[33]那么,该四种职权的划分是否涵括全国人大所有职权?有见解认为,该划分具有非穷尽性,虽然这种概括方法把各级人大及其常委会的大部分职权包括其中。不过,在罗列宪法所定全国人大重大事项决定权时,此种见解亦将“应当由最高国家权力机关行使的除宪法第六十二条规定的前 14 项职权以外的决定国家重大事项的其他职权”作为最后一项,^[34]即剩余重大事项决定权。公允地讲,这种作法并不妥当,因为剩余重大事项决定权只是全国人大兜底职权规范所蕴含的一类权力而已,不能将两者完全等同。然而,重大事项决定权的规范话语与行权一直存续在人大职权的学说传统之中,它具有较为稳定的制度源流,契合人民代表大会制政体的内在权力结构。全国人大固有权权与剩余重大事项决定权关系的具体表现,就在于固有权权的界定内含“国家重大事项”标准,该标准成为认知和理解全国人大固有权权的中介性、标志性概念。

全国人大固有权权潜藏“国家重大事项”标准的首要理由是,它的基本内涵及功能与剩余重大事项决定权具有内在的一致性。全国人大固有权权本质上属于“遗漏权”,立法者限于认识能力而无法全面系统罗列全国人大权力,迫于无奈只好作出概括性的权力规定。它所谓的固有性,就是指内在地、本质上归属于全国人大的那类职权。具体展现为,为了实现一定重要任务的新权力事项切实地需要国家机关予以承担,但由于没有可凭借的既有宪法法律依据,最后根据最高国家权力机关的性质与地位归入全国人大的权力事项。实际上,剩余重大事项决定权同样具有未知权力事项的“扩展”“承接”功能,而且“重大事项”成为了该类权力的显性识别标准。在讨论全国人大重大事项决定权范围时,时任四川省人大常委会研究室副主任崔建华就论述到,宪法列举了一些重大事项决定权,并作出“包罗性的规定”,即“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”;全国人大常委会职权的规定也列举了一些重大事项,并规定了行使“全国人民代表大会授予的其他职权”。^[35]

[33] 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 259 页;胡康生:《全国人大常委会的组织、职权和议事规则》(续一),《光明日报》2008 年 5 月 5 日第 9 版。

[34] 参见刘政、程湘清等著:《人民代表大会制度讲话》(增订本),中国民主法制出版社 1995 年版,第 190、200 页。

[35] 参见崔建华:《决定权还是议决权——人大重大事项议决权的几个理论问题》,《人大研究》2006 年第 2 期,第 19 页。

可见,这类“包罗性的规定”自然蕴含以“其他重大事项”为标准的权力事项,该标准成为了理解固有权职权的门径。

除了基本内涵及功能一致性的理由外,全国人大固有权职内含“国家重大事项”标准的论题能获得当前法规范的有效支撑。首先梳理重大事项决定权规范体系,《宪法》第104条和2015年《地方组织法》第8、44条规定,地方人大重大事项决定权系“讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项”。可见,宪法法律采用“统一”的职权规定模式,并鲜明地确立了“本区域内的重大事项”标准。但全国人大重大事项决定权则是采用“分散”的职权规定模式,即宪法针对全国人大决定的重大事项加以单独列举式规定。^[36]该“分散”模式在规范意义上构筑起了“国家重大事项”标准,而不是地方的、局部的权力事项标准。同时,在“分散”职权规定模式下,宪法规范脉络中确立的“国家重大事项”标准顺势地延展至全国人大兜底职权条款,最终被“应当由最高国家权力机关行使”这一包容性用语吸纳。因此,“国家重大事项”标准的定立,是全国人大职权体系规范逻辑的自然延伸,符合体系化解释的要求。

(二)“国家重大事项”标准与结构论解释

从实体界定看,“国家重大事项”的判断标准,可谓是一个让人劳神费思的问题,诸多的研究者与实务家对该问题苦思不得其解。恰恰是由于该判断标准的不确定性,才促使法条主义方法成为了一个选项。所谓的法条主义方法,是指只要通过梳理现行的法律条文,就可以判断重大决定事项的具体内容。该方法背后所预设的观念是,全国人大及其常委会完全通过普通立法的方式将剩余重大事项决定权予以具体化。遗憾的是,宪法法律不可能完全列举国家重大事项,否则与固有权职权的遗漏权属性相矛盾。

进而,有论者期待通过程序主义进路(主要是预算审议程序)解决实体标准问题。在1982年宪法修订过程中彭真持有类似观点。针对一些重大建设项目和重大决策要不要经过全国人大或其常委会审议,当时有较多讨论。彭真睿智地提出:“对特大项目的审查已经包括在预算里面了,预算不是有个目录表吗?可以不必单独规定了。”^[37]如果通过审批预算的程序来行使全国人大固有权职,仍不免存在挂一漏万之嫌,而且预算的审议主要是从国库财经的视角考虑问题,难以达到对于国家重大事项背后更为深沉的政策、效用等方面的周全考虑。

至此,针对“国家重大事项”标准的界定,就无法绕开宪法解释。宪法解释方法存在诸多流派,可谓纷繁复杂。在众多解释方法中,结构论解释颇适于解释全国人大固有权职。在宪法没有加以明确的权限争议中,结构论解释者以宪法所构筑的整体架构为基础进行判断,进而重点关注宪法上的主要结构。在比较法视域,结构论解释也通常被用于解

[36] 《宪法》第62条第10至15项(不含第12项)列举全国人大重大事项决定权。《宪法》第67条第15至21项列举全国人大常委会重大事项决定权,除了第18项“决定特赦”外,其他几项重大事项决定权均被法律细化,依次见于1990年《缔结条约程序法》、1994年《中国人民解放军军官军衔条例》、2009年《驻外外交人员法》、2009年《国防法》、2010年《国防动员法》、2015年《国家安全法》及2016年《国家勋章和国家荣誉称号法》。

[37] 王汉斌著:《王汉斌访谈录:亲历新时期社会主义民主法制建设》,中国民主法制出版社2012年版,第83-84页。

决美国的联邦与各州、各国家机关之间的权力分配关系问题。^[38] 可以说,结构论解释是理解一国权力结构的重要进路,^[39] 这为全国人大通过实践去划定固有权权的范围、明确“国家重大事项”标准提供了基本的思考路标。

虽然结构论解释在确定全国人大固有权权范围的运用中具有天然的方法优势,但结构论不是此处唯一的方法。正如有学者所指明的,“除非有其他宪法解释方法的补充,结构解释是太自我封闭了”。^[40] 纵然是结构论的支持者,也不能成为自我封闭的结构论者。而且,国家重大事项肯定不止于国家机关彼此关系这种结构问题。如果说结构论为全国人大行使固有权权搭建起了一般性的规范框架,那么全国人大行权能力、实践惯例等诸多正当性理由依据则为固有权权的论证了提供重要的补充性资源。包括结构论在内的宪法解释方法并非完全封闭,而是具有面向社会科学的开放性特征。比如,从“行动能力”视角考察最高国家权力机关的“适当职能”,^[41] 基于全国人大地位、组织方式和工作程序的“功能适当”角度审视全国人大兜底职权等作法,^[42] 就为结构论宪法解释的有力开展提供了坚实的“事实”质料,为全国人大权力的合理配置奠定了坚实的论证基础。

(三)以结构论为基础的论证框架

为了在权限争议中获得有力引导,结构论解释者往往求助于宪法对于职位、权力以及关系的总体安排去理解作为整体的宪法的含义。美国宪法的主要结构性原则包括联邦主义、权力分立以及民主制。这些结构信息体现在美国宪法文本、宪法史的既定事实当中。^[43] 而中国宪法中的结构性信息与规范,包含了民主集中制原则、权力分工以及人民民主等,它们构成了去研判与评析全国人大固有权权的最重要资源与框架。若解释者没有对中国宪法结构及制度遗产的熟稔把握,自难寻得对全国人大固有权权的最佳理解。

作为政权组织原则的民主集中制,是中国宪法中最重要的结构信息,因为它对国家权力图式的形塑作用非常显著。在横向关系上,广义立法权、行政权、监察权、审判权、检察权和军事权构成权力分工体系,且广义立法权位居优越地位。例如,针对《宪法》第 89 条第 18 项所定国务院兜底职权(包括制宪者没有列举但性质上属于国务院的职权),需获得全国人大及其常委会的授权。^[44] 而在纵向关系上,确立了发挥中央和地方两个积极性的宪法学说。^[45] 除了民族区域自治和特别行政区高度自治具备专门立法外,中央与普通地方行政区域的权力关系分散规定于各类立法,如《立法法》《行政处罚法》分别对立法

[38] See M. Gerhardt, T. Rowe, Jr., R. Brown & G. Spann, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives* (2th Edition), LEXIS Publishing, 2000, p. 114.

[39] 柴禅平诉合众国案展示了美国联邦最高法院通过结构论证国会排华权力的宪法基础。See Chae Chan Ping v. United States, 130 U. S. 581 (1888).

[40] Akhil Reed Amar, Intratextualism, 112 *Harvard Law Review* 799, 812-814 (1999).

[41] 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 115-120 页。

[42] 参见张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,《中外法学》2018 年第 2 期,第 297 页。

[43] See Sotirios A. Barber, James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, 2007, pp. 117-121.

[44] 参见蔡定剑著:《宪法精解》(第二版),法律出版社 2006 年版,第 389-390 页。

[45] 参见强世功:《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,《开放时代》2009 年第 12 期,第 28-31 页。

权、行政处罚权进行央地分配。在民主集中制原则下,人民代表大会制政体强调国家权力统一于中央,并最终归于作为最高国家权力机关的全国人大,也没有代替或否定其他中央或地方国家机关在国家治理过程中的作用,而仍是倾向于形成一个具有良好权力分工的体制。事实上,一直以来流行的“议行合一”说是对中国政体中权力结构的错误描绘。从1954年《宪法》制定之后,中国的政制发生了巨大变化,已经没有一个“是立法机关,同时也是工作机关”的国家机关了。^[46] 总之,纵然中国的政体与权力分立制衡的体制存在迥然区别,但该政体并不排斥国家权力之间的合理分工与协力。全国人大优位下的权力分工是实际的需求,也具有理论正当性。

确证全国人大固有权,就应当遵循、至少是尊重中国宪法上这些主要的结构信息与规范。而对这些结构性规范的关注与考量,并在它们搭建的框架基础上行使权力,就是结构论解释方法的运用。因为结构论本身,不仅需要认真地分析和周密地理解一个单一的宪法条文,而且主要指向宪法所确立的政府机构、国家权力之间的关系以及这些关系包含的目的。通过国家权力的整体性解释给代议机关职权以宽泛的理解,^[47]往往是不够的,也存在偏颇。代议机关行使权力仅是用于实现宪法授权给它的目标,它的权力并非不受限制。^[48] 而且立法权纵然具有直接民主正当性,但不应由民主原则错误地导出立法权的权力一元化,“国家重大事项”不必然都由代议机关垄断。^[49] 总之,在着力论证某权力事项宜纳入“国家重大事项”标准时,应当契合本国宪法所安排的权力结构。在宪法权力结构中,全国人大所拥有的权力不应当用于实现宪法之外的目的。不过,结构论解释并非万能,不可能一劳永逸地解决固有职权的范围问题。在诸多情形下,结构论解释尚需其他解释资源(甚至是比较法资源)的补充,为新权力的行使寻找具有事实支撑的好的理由。

经系统评判决定文本,可将部分决定归于全国人大固有权范畴。^[50] 为了说明以结构论解释为基础的论证方法,在此举例说明,如何判定某一职权是否可归结为全国人大固有权。全国人大曾于1982年作出《关于中华人民共和国国歌的决议》,决定恢复《义勇军进行曲》为中华人民共和国国歌,撤销第五届全国人大第一次会议关于国歌的决定。与国旗、国徽及首都一道,国歌构成了一个国家的象征。由全国人大及其常委会就国家象征的内容作出决定,契合中国宪法上的结构规范,并没有侵害或损抑其他国家机关的职权,而且在比较法上也可获得一定的支持。1940年美国国会通过的《秃头鹰保护法》,实质上并非为宪法州际贸易条款所支持,因为国会制定该法的主要根据,显然不是鹰的贸易

[46] 参见周永坤:《议行合一原则应当彻底抛弃》,《法律科学》2006年第1期,第53-54页。

[47] See Vicki C. Jackson, Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Bitzer and Our Bifurcated Constitution, 53 *Stanford Law Review* 1259, 1290-1295 (2001).

[48] See Robert J. Kaczorowski, Inherent National Sovereignty Constitutionalism: An Original Understanding of the U. S. Constitution, 101 *Minnesota Law Review* 699, 704 (2016).

[49] BVerGE 49, 89, 125. 转引自许宗力著:《法与国家权力(二)》,我国台湾地区元照出版有限公司2006年版,第392-393页。

[50] 典型实例如1988年全国人大《关于建立海南经济特区的决议》、2000年全国人大常委会《关于我国加入世界贸易组织的决定》、2014年全国人大常委会《关于设立烈士纪念日的决定》、2015年全国人大常委会《关于实行宪法宣誓制度的决定》。

价值,更为直接的宪法性理由是国会拥有宪法未列举权力以保护国家象征。^[51]此外,中国制宪史上已有就国歌的内容作出决定的先例,如 1949 年中国人民政治协商会议就曾作出决定“在国歌未正式制定前,以《义勇军进行曲》为国歌”。^[52]当时的中国人民政治协商会议代行全国人大的职责。第五届全国人大第一次会议亦曾作出类似决定。总之,由全国人大作出关于国歌的决定,与中国宪法权力结构中全国人大的地位与功能相匹配,同时契合既有宪法惯例,因此该类决定属于全国人大固有职权的行权实践。

六 结 语

全国人大兜底职权规范是宪法规范,对此要进行阐释。该概括授权规定并不意味着全国人大当然拥有决定任何具体事项的权力,它需要依凭至少是尊重宪法和法律中的其他规范资源,为其所拥有具体事项权力进行审慎的论证。全国人大兜底职权规范蕴含了依次递进的三个方面内容:通过规范的识别与梳理,必要时辅以文义解释的作业,可以确认宪法法律分散式授予全国人大的“其他列举职权”;主要通过目的论解释方法,可以明确为了执行宪法法律已列举权力的全国人大的“附带职权”;重大事项决定权脉络上的“固有权”,实质上在于确证“国家重大事项”标准,方法上主要依靠结构论搭建的法权秩序,并将全国人大行权能力、实践惯例等作为补充论证资源。全国人大兜底职权合法性的论证要遵循此先后顺位,不可轻易越级。固有权从而成为了全国人大迫不得已方才行使的权力。

上段文字构成了全文的核心命题,而其背后却负担了极为艰巨的论证任务。相较于一般国家机关职权而言,作为最高国家权力机关的全国人大职权的理性化、规范化更为困难。但是,全国人大职权具有规范化的可能性,其规范化拥有来自现实政治、根本规范、程序机制等方面的实现基础。在政治语境中,一直强调宪法的根本法、最高法地位和作用。当前党和国家更是将加强宪法实施和监督提升到国家政治生活中最为核心的位置。以《法治中国建设规划(2020-2025年)》为例,它明确要求,“建设法治中国,必须高度重视宪法在治国理政中的重要地位和作用,坚持依宪治国、依宪执政,把全面贯彻实施宪法作为首要任务”,它还专门要求全国人大及其常委会通过的法律和作出的决定决议,“应当确保符合宪法规定、宪法精神”。因此,全国人大职权的规范化能够获得现实政治上的保障。在此背景下,1982年《宪法》对全国人大兜底职权条款修正的宪制意义格外突显。实质上,它摈弃了之前全国人大“认为应当”的自主赋权模式,确立了必经宪法性说理的论证保留模式。与此同时,享有宪法监督权的全国人大和享有释宪权、释法权的全国人大常委会,完全有能力胜任这一论证任务。基于根本规范的要求,全国人大组织法、议事规则

[51] See Paul Boudreaux, A Case for Recognizing Unenumerated Powers of Congress, 9 *N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy* 551, 578 (2006).

[52] 参见《关于中华人民共和国国歌的决议(草案)的说明》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1982年第5期。

的制定和修正完善,^[53]则为全国人大依法行使职权提供了重要的制度性保障。至此,这一套全国人大兜底职权论证方法可以指导全国人大兜底职权的权力实践,提升其权力运作的宪法理性和规范化程度。同时,在合宪性审查体系中加强兜底职权的监督和控制,是必要且重要的。宪法和法律委员会可以在相关决定决议草案审议阶段,参考本文的论证方法做好事前合宪性控制。

[本文为作者主持的中国博士后科学基金第67批面上资助项目“备案审查的制度运作与功能演进研究”(2020M673109)的研究成果。]

[Abstract] The miscellaneous provision on the powers of the National People's Congress (NPC) refers to Article 62(16) of the 1982 Constitution, which provides that the NPC may "...exercise such other functions and powers as the highest organ of state power should exercise". The provision is the most important elastic mechanism in the Chinese Constitution for dealing with new powers and a major constitutional issue that has both theoretical charm and difficulties. Based on the public law principle of statutory functions and powers and taking the normative source of new power as the standard, the miscellaneous provision on the functions and powers of the NPC have three successively higher-level contents: "other enumerated functions and powers" individually granted to the NPC by the Constitution and laws, "incidental functions and powers" necessary for exercising the functions and powers already enumerated in the Constitution and laws, and "inherent powers" in the context of major decision-making power. Based on the requirement of law-based and scientific exercise of powers, the above three categories of functions and powers have different argumentation methods. "Other enumerated functions and powers" are mainly confirmed through the identification and review of constitutional and legal norms, supplemented by textual interpretation when necessary. "Incidental functions and power" is mainly based on the teleological interpretation of NPC powers already enumerated in the Constitution and laws. And the justification of "inherent functions and powers" is based on the constitutional interpretation of structuralism, complemented by other argumentation resources, such as NPC's competence of action and relevant practices and conventions. This system of argumentation method can guide the practice of new powers of the NPC and enhance the constitutional rationality and standardization of the operation of the NPC's powers.

(责任编辑:田 夫)

[53] 1982年全国人大制定了《全国人民代表大会组织法》,1989年全国人大制定了《全国人民代表大会会议事规则》,2021年全国人大对这两项法律进行了较大幅度的修改。