

论有关法律问题的决定的含义与识别

江 辉*

摘要 有关法律问题的决定是因应 1982 年《宪法》取消法令表述后出现的术语,一直以来不是清晰的法律概念;官方目录中的有关法律问题的决定,既包括立法性决定,亦包括执行性决定。立法性决定是行使具有创制性的立法权作出的决定,性质为法律;执行性决定是行使《宪法》和法律规定的不具有创制性的其他各项法定(宪定)权力作出的决定,性质不是法律,并不默认具有法律才有的各项法律效果。从法理上说,执行性决定不应适用主要调整立法权行使的《立法法》,而应适用赋予各项执行性权力的《宪法》或法律相关条款。2023 年修改后的《立法法》明确有关法律问题的决定适用《立法法》,因而有关法律问题的决定应当限定为立法性决定,不再包括执行性决定。

关键词 有关法律问题的决定 立法性决定 执行性决定 立法权 立法法

一、问题的提出

2023 年修改后的《立法法》第 68 条规定:“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。”然而,有关法律问题的决定的含义一直以来并不清晰。作为上世纪八十年代因应 1982 年《宪法》取消“法令”表述后出现的术语,^[1]很长时间内,有

* 中国社会科学院大学法学院讲师。

[1] 1982 年 11 月 23 日中华人民共和国宪法修改委员会提请第五届全国人大第五次会议审议的《中华人民共和国宪法修改草案》第 55 条第 2 款曾规定“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,法令具有同法律同等的约束力”。但该款规定在最终通过的 1982 年《宪法》中被删除,第 55 条则简化为现行《宪法》第 58 条(“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”),同时宪法修改草案中的所有“法令”表述均被删除。关于“法令”的简要历史沿革,可参见王锴:“全国人大常委会《备案审查决定》的法律性质”,《环球法律评论》2024 年第 4 期,第 22—23 页。

关法律问题的决定主要是工作层面为方便表述而使用的语词,并不是一个清晰的法律概念。

全国人大常委会(以下简称“常委会”)法制工作委员会(以下简称“法工委”)列入有关法律问题的决定目录中的决定、决议及其他名称的文件(以下统称“决定”),〔2〕内容千差万别。简单梳理,大体可以分为以下几类:第一,修改宪法的决定,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》、〔3〕1957年《关于省、直辖市人民代表大会会议可以每年举行一次的决定》。〔4〕前者调整了1982年《宪法》部分条款的时间效力,〔5〕后者修改了1954年《宪法》关于省、直辖市人民代表大会会议应当每年举行两次会议的规定。〔6〕第二,创设一项一般性的新法律制度的决定,如2000年《关于维护互联网安全的决定》、〔7〕2005年《关于司法鉴定管理问题的决定》,〔8〕此类决定的形式、内容和在司法实践中的适用同《食品安全法》之类的“* *法”并无实质差异。第三,没有宪法或法律依据的情况下创设一项新的个别性法律制度的决定,如1984年《关于海南行政区建置的决定》。〔9〕第四,修改法律的决定,如2012年《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》,〔10〕其调整了《海关法》《枪支管理法》等法律的时间效力和地域效力。第五,废止法律的决定,如2005年《关于废止〈中华人民共和国农业税条例〉的决定》。〔11〕第六,依据宪法或法律的具体规定处理具体事务的决定,如1999年《关于增加〈中华人民共和国澳门特别行政区基本法〉附件三所列全国性法律的决定》。〔12〕

如果比照官方目录认定有关法律问题的决定,那么《立法法》第68条的适用将出现问题。1982年《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》,作为修改宪法的决定,效力位

〔2〕“决议”和“决定”的区别,可参见刘松山:“全国人大及其常委会决议与决定的应然界分”,《法学》2021年第2期,第30—55页;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94页。

〔3〕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。

〔4〕同上注,第259页。

〔5〕关于该决定属于修改宪法的决定的详细论证,可参见江辉,见前注〔2〕,第100页。

〔6〕关于该决定属于修改宪法的决定的详细论证,可参见何俊志:《从苏维埃到人民代表大会制》,复旦大学出版社2011年版,第156页。

〔7〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第200页。

〔8〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第213页。

〔9〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第165页。该决定草案的说明中提及,“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”。详见崔乃夫:“关于成立海南行政区人民政府的议案的说明(1984年5月26日在第六届全国人民代表大会第二次会议上)”,《国务院公报》1984年第13期,第456页。

〔10〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第229页。

〔11〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第213页。

〔12〕参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注〔3〕,第197页。

阶与宪法相同,而高于法律。如果认为该决定适用《立法法》,可能导致作出程序和效力位阶的认定等出现错误。也许有人认为,1982年《宪法》之后,修改宪法已经稳定为宪法修正案形式,以决定形式修改宪法并不存在。如果存在的话,只能认定为违宪而无效。因此,类似1982年《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》的有关法律问题的决定并不会出现。虽然对该观点有人持异议,^[13]但从法治角度而言,笔者支持不应再以决定形式修改宪法的主张。正因此,后文讨论将不再包括修宪权和修宪决定。不过,虽然修改宪法的决定不会(不应)出现,但合宪性审查决定及其他类似决定仍可能出现。1990年《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》,列入了官方有关法律问题的决定目录。该决定在性质上似应为合宪性审查决定或宣告《香港特别行政区基本法》与1982年《宪法》源自同一个制宪权。^[14]如果全国人大或其常委会未来作出类似决定时比照该决定而认定为有关法律问题的决定,并适用《立法法》,则在作出条件和程序及法律效果的认定方面,均可能造成错误。同时,如后文所述,依据《宪法》或法律的具体规定处理具体事务的执行性决定,如果比照官方目录认定为有关法律问题的决定而适用《立法法》,并不符合法理逻辑。

因此,随着《立法法》规定有关法律问题的决定适用该法,应当重塑有关法律问题的决定的含义。本文基于对全国人大及其常委会所作决定的立法性与执行性二分,在梳理有关法律问题的决定的历史演变基础上,论证执行性决定不应适用《立法法》,从而提出《立法法》中的有关法律问题的决定应当限定为立法性决定。相应地,未来有关法律问题的决定的作出应当严格遵守《立法法》规定的立法权限分配制度、宪法和法律委员会统一审议制度、审次制度、法律草案文本公开征求意见制度、国家主席公布法律的制度、法律文本的刊载制度等。

二、立法性决定与执行性决定的区别和识别

为说明《立法法》中的有关法律问题的决定应当限定为立法性决定而不包括执行性决定,本节先讨论立法性决定与执行性决定的区别,以及如何识别一个决定是立法性还是执行性决定。

全国人大及其常委会行使各类职权均可能作出决定,但从性质上可以分为两类,即立法性决定和执行性决定。^[15]二者的核心区别在于它们背后的权力依据不同,以及它们的法律效果(legal effect)不同。立法性决定是行使具有创制性的立法权而创设(含改变和废止,下同)法律制度所作出的决定,性质为法律,具有与称为“* *法”的文件相同的法律效

[13] 参见翟小波:《人民的宪法》,法律出版社2009年版,第37—38页。其认为,全国人大先于宪法、高于宪法,宪法是什么由其说了算。因此,以制定法律或决定方式修改宪法并无不当。

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

[15] 实际还包括修宪决定和无法律效力的决定。修宪决定属于历史现象,而有关法律问题的决定不涉及无法律效力的决定,因此本文对二者不作讨论。

果;执行性决定则是行使《宪法》和法律规定的不具有创制性的各项宪定、法定权力(以下统称“执行性权力”)而作出的决定,性质不是法律,并不默认具有法律才有的各项法律效果。基于二者的区别,应当根据决定是否创制性地创设了一项法律制度判断决定是属于立法性还是执行性决定。

(一)立法性决定与执行性决定的区别

首先,立法性与执行性决定背后的权力依据不同。立法性决定是行使立法权作出的决定,而执行性决定是行使执行性权力作出的决定。在传统三权分立观念下,人们往往将立法与立法机关联系,将执行与行政机关(执行机关)联系,并进而将立法机关的所有权力统称为立法权,甚至将立法机关作出的所有决定均称为立法性决定。^[16]当以权力行使主体(国家机关)的性质对国家权力进行划分时,可以认为立法机关行使的所有权力均是立法权,行政机关行使的所有权力均是行政权(执行权)。但这个意义上的立法权,不能与立法机关创设法律的权力等同,权力行使的后果亦不必然是法律、法或法规范。从权力的行使要求和权力行使后的法律后果来看,通常被认为属于立法机关的全国人大及其常委会实际上同时享有创设法律的权力(立法权)和执行法律的权力(执行性权力)。二者在是否具有创制性方面存在本质区别。^[17]

立法权具有创制性,在不与《宪法》抵触的前提下,创制性集中体现为两个方面:一是事项范围方面,没有适用范围的限制,不需要《宪法》或法律的额外授权而可以针对任何事项创设法律;二是措施和后果方面,可以在创设法律时规定任何措施和后果,其规定的措施和后果可以超出《宪法》或法律已经规定的措施和后果,甚至可以规定与已有法律相冲突的措施。^[18]成文宪法国家中立法权的宪定性、实践中立法对宪法的实施及观念上认为立法是对宪法的实施与细化、公法强调法无授权不可为等,容易让人忽略立法权的创制性。同时,立法权有时与其他职权结合行使,亦容易让人觉得立法权的行使在事项范围和措施后果方面需要《宪法》或法律的额外授权。但立法权并不需要《宪法》就某一事项有额外授权才可以创设法律。《宪法》并未明确授权全国人大及其常委会可以针对票据活动创设法律,但并不妨碍常委会制定《票据法》。

执行性权力则不具有创制性。基于法治原则,执行性权力的行使必须严格遵循赋予该权力的《宪法》和法律的相关规定,否则无法按照《宪法》和法律的相关规定产生法律效力。换句

[16] 例如,有观点认为,全国人大及其常委会所作的决议之所以是立法性决定,原因在于作出决定的全国人大及其常委会为立法机关;它们行使“决定权”所作的决定亦属于立法性决定。具体参见金梦:“立法性决定的界定与效力”,《中国法学》2018年第3期,第152页。

[17] 关于全国人大及其常委会享有的各类权力之间的区别,可参见江辉:“论最高国家权力机关‘四权’的区分标准”,《中国法律评论》2023年第5期,第114—127页。

[18] 本文对创制性的描述均是将其作为一项法律原则予以描述,实践中立法权行使的事项范围和可以采取的措施均受到政治上(民意等)及其他方面的限制。

话说,执行性权力的行使,具有适用范围的限制,只能针对《宪法》和法律规定的项行使;只能在《宪法》和法律规定的措施和后果范围内采取措施;只能严格依照《宪法》和法律针对该执行性权力规定的程序行使。以废止法律为例,当常委会依据《宪法》第 67 条第 1 项监督宪法实施的权力(性质上为执行性权力)废止某一法律时,需要以该法律不符合宪法为前提条件。相较而言,常委会依据《宪法》第 58 条等规定的国家立法权废止某一法律时,在法律上并不需要任何前置性条件,其完全取决于常委会的主观意愿。^[19] 常委会于 2013 年废止劳动教养制度,不是以不符合宪法为理由,而是以“劳动教养制度的历史作用已经完成”为由,因此不是行使监督宪法实施的权力而是行使立法权。

立法权与执行性权力在创制性方面的区别,使得二者在可否“违反”法律方面存在不同。立法权的创制性,使得全国人大及其常委会可以“违反”已有法律行使权力,^[20]可以规定与已有法律不同的内容,甚至在规定与已有法律相冲突的内容时不需要明示对已有法律的修改或废止。例如,在未明示对 1996 年《刑事诉讼法》进行修改的情况下,全国人大常委会于 2007 年行使立法权在《律师法》中规定与《刑事诉讼法》不一致的内容,扩大律师参与刑事诉讼时的会见、阅卷、调查取证等权利。^[21] 全国人大常委会的这一立法权行使行为,不会被认为构成“违法”。相反,当全国人大及其常委会行使执行性权力时,只能严格遵循《宪法》和法律规定的适用范围、程序和法律后果,否则无法依据规定执行性权力的《宪法》或已有法律产生法律效力。《宪法》第 67 条第 15 项规定,常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。如果某一条约的批准是由全国人大作出而不是由常委会作出,那么该批准决定将无法依据《宪法》第 67 条第 15 项产生法律效力。至于该批准决定能否依据《宪法》其他条款产生法律效力,则需要另行确定和分析。^[22]

其次,立法性决定与执行性决定的法律效果不同。立法性决定是行使立法权作出的决定,因此在本质上是法律,具有与称为“* * 法”的文件相同的法律效果;执行性决定虽然在法律上

[19] 当然,从政治上而言,常委会需要考虑民意等因素。

[20] 存在的例外是立法形式与方式。虽然全国人大及其常委会在行使立法权时不受法律中规定的实体条件的制约,但法律(如《立法法》《香港特别行政区基本法》)规定的立法形式与方式则构成限制。全国人大及其常委会不应违反关于立法的形式和方式的规定进行立法。对类似问题的探讨,可以参考英国议会主权主题下的形式与方式(Forms and Manners)理论。See Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 174-201; Stuart Lakin, “The Manner and Form Theory of Parliamentary Sovereignty: A Nelson’s Eye View of the UK Constitution?” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, No. 1, 2018, pp. 168-169.

[21] 关于 2007 年《律师法》与 1996 年《刑事诉讼法》存在的不一致之处及其影响,参见汪海燕:“一部被‘折扣’的法律——析《律师法》与《刑事诉讼法》的冲突”,《政法论坛》2009 年第 2 期,第 91—99 页。

[22] 例如,有论者认为《第六届全国人民代表大会第三次会议关于批准〈中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明〉的决定》是全国人大行使《宪法》第 31 条和第 62 条规定的决定特别行政区制度的权力的产物。具体参见孙成:“‘人大涉港决定’的地位、效力与功能”,《苏州大学学报(法学版)》2022 年第 2 期,第 70 页。

具有效力,但在性质上不是法律而只是法律决定(legal decisions),不具有法律才有的各项法律效果,具体法律效果应当根据赋予权力的相关《宪法》与法律条款确定。“法律”含义的复杂性,^[23]有时使人们可以在术语使用上将一些法律决定称为“法”或“法规范”。术语使用的弹性在一定程度上包容甚至促成了法律与法律决定的混淆,但不能因此否认二者在法律效果方面存在的根本区别。

全国人大及其常委会行使执行性权力作出的决定,作为已有法律衍生出的法律决定,具体法律效果需要根据创设执行性权力的《宪法》和法律相关条款确定,不具有法律才有的各项法律效果。例如,1998年常委会作出的《关于设立全国人大常委会预算工作委员会的决定》,其法律效果依据1982年《全国人民代表大会组织法》第28条确定,并不具有《全国人民代表大会组织法》才有的各项法律效果。严格来说,《关于设立全国人大常委会预算工作委员会的决定》与人民法院依据法律作出的判决在性质上并无区别,都是国家机关在法律规定的权限范围内针对落入法律规定的适用范围的事项在法律规定的法律后果范围内采取的措施,并未创设新的法律制度。如果人民法院的判决不视为法律、法或法规范,没有理由认定全国人大及其常委会作出的此类决定应当视为法律、法或法规范。更为重要的是,类似《关于设立全国人大常委会预算工作委员会的决定》的执行性决定并不具有行使立法权创设的法律所具有的各项法律效果。

行使立法权创设的法律,默认至少具有以下共同的法律效果:一是可以补充、修改和废止其他法律;二是当《宪法》与法律规定某一事项应由“法律规定”时,满足此处对“法律”的要求;三是可以为国家机构创设法定权力,包括可以在司法过程中适用,可以作为司法裁判的法律依据;四是在我国的效力位阶体系中处于仅低于《宪法》而高于其他类型法律规范的地位;五是与其他法律处于同等效力位阶,相互之间发生冲突时,适用特别法优于普通法、新法优于旧法等法律适用规则;^[24]六是可以作为全国性法律列入《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》附件三。^[25]行使执行性权力所作决定,在《宪法》或法律没有例外规定情况下(例外

[23] 严格来说,关于法律是什么的讨论,包括语义学、宪法学和法哲学三个层面。语义学上的讨论,是在尝试阐述“法律”这个词的定义,即找到一个或者一些词可以在使用“法律”一词的句子中替换“法律”。宪法学上的讨论,是在一个给定的法律秩序内的讨论,即讨论一个规范是否符合上位规范,从而判断该规范是否具有法律效力及有何法律效果。法哲学层面的讨论,是讨论恶法是不是法等哲学问题,它尝试找到适用于任何法律秩序的有效性判断标准的一般方案。语义学上的“法律”具有一定的弹性空间,随着人们对语言的使用发生变化而变化,是一个观念产物,很大程度上是事实问题;法哲学层面的“法律”更多是一种价值层面的讨论,可以争辩恶法非法,因此很难辨明;但在宪法学层面讨论一个规范是不是法律,不涉及价值层面的讨论,是在逻辑上即能依据法律秩序内的效力判断体系得出答案的问题。在一个给定的法律秩序内,法律是具有同类上位规范和共同法律效果的具有法律效力的规范。

[24] 近期,有学者尝试讨论2023年《关于完善和加强备案审查制度的决定》的效力位阶问题。具体参见王锴,见前注[1],第34—35页。就该问题,笔者认为,该决定在性质上为立法性决定,具有与称为“* * *法”的文件一致的法律效果,即与《立法法》效力位阶相同。

[25] 参见江辉,见前注[17],第121页。

规定如行使监督宪法实施的权力可以违宪为由废止法律),并不默认具有其中一项、多项或全部法律效果。例如,1998年《关于设立全国人大常委会预算工作委员会的决定》,作为行使执行性权力(1982年《全国人民代表大会组织法》第28条所规定的权力)而作出的决定,并不具有行使立法权创设的法律才具有的各项法律效果:不能修改或废止任何法律,不能作为司法机关裁判案件的法律依据,与法律发生冲突时不能直接适用法律冲突适用规则,不能作为“全国性法律”列入《香港特别行政区基本法》附件三。

(二)立法性与执行性决定的识别

立法性决定与执行性决定的核心区别在于它们背后的权力依据性质不同,以及它们的法律效果不同。据此,应当根据决定是否创制性地创设了一项法律制度判断决定是属于立法性还是执行性决定。如果一个决定创制性地创设了一项新的法律制度,包括无中生有地创设新法律制度与改变废止已有法律制度,则可以认定为立法性决定;相反,如果一个决定只是依据《宪法》或法律规定的已有法律制度处理一项事务,即便相关事务属于从未出现过的新鲜事物,只要决定所涉事项及提出的措施和后果已由相关法律制度所涵盖,则该决定仍属执行性决定。

在适用这一判断标准时,需要注意两点:第一,不能按照事务是抽象还是具体区分立法性与执行性决定。虽然大部分情况下抽象事务由立法权处理而具体事务由执行性权力处理,但不能简单地以事务是否抽象判断决定是立法性还是执行性决定。在没有宪法和法律依据的情况下,以及在需要突破已有法律规定的情况下,即便相关事务属于具体事务,全国人大或其常委会仍然只能行使立法权处理。此时,全国人大或其常委会实际是通过行使立法权个别性地创设或改变了一项法律制度。^[26]相应地,所作决定属于立法性决定。第二,应将决定作为一个整体判断是否具有创制性。一个决定的内容可多可少,但只要决定中的内容创设了一项新的法律制度,即便决定中的其他内容是重复甚至是澄清已有法律制度中的内容,那么仍应将该决定视为立法性决定。例如,2023年《关于完善和加强备案审查制度的决定》中的不少内容在《立法法》《监督法》等法律中已有规定,但决定规定的常委会工作机构可以推动法规集中清理等制度属于该决定创设的新法律制度,因此应将其认定为立法性决定。

依照此标准,大部分情形下准确识别一个决定是不是立法性决定相对清晰。例如,2023年《关于军队战时调整适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉部分规定的决定》,因为改变了《刑事诉讼法》的对事效力(战时部分情形不再适用或调整适用),改变了已有法律制度,为立法性决定。再如2022年《关于中国人民解放军现役士兵衔级制度的决定》,创设了一项新的法律制度,即现役士兵衔级制度,因此属于立法性决定。相较之下,2021年《关于设立北京金融法院的决定》,则属于依据《人民法院组织法》第3条作出的决定,是将已有法律制度适用于具体事务,并未创设新的法律制度,因而属于执行性决定。再如,常委会作出的决定大会召开日期的决定,通常是常委会依据《宪法》第61条常委会召集大会的权力所隐含的决定召开日期的权力

[26] 参见江辉,见前注[2],第103—104页。

而作出的决定,是将已有法律制度适用于具体事务,并未创设新的法律制度,因而属于执行性决定。^[27]

不过,在全国人大及其常委会行使《宪法》或法律赋予的隐含权力时,人们判断是依据已有法律制度处理事务还是创设新的法律制度可能存在一定困难,容易出现不同认识。很多时候,隐含权力不像召集权隐含决定召开日期的权力那样容易判断。受限于理论研究不够深入等原因,不少隐含权力未被充分认识,因而容易出现不同认识。以2017年《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》(以下简称《辽宁人大筹备组决定》)为例,贿选导致了辽宁省人大常委会组成人员不足半数,无法召开常委会会议履行职责。为处理这一从未遇到过的特殊问题,常委会根据“宪法精神和有关法律原则”作出了创制性安排。官方“创制性安排”的表述以及常委会未指明具体的《宪法》或法律条文依据,容易让人以为该决定的作出不是行使《宪法》或法律赋予的执行性权力,而是创制性地无中生有地处理事务,甚至构成所谓的“宪法建造”。^[28]然而,梳理1954年以来的人大实践,其实可以发现常委会享有一项在省级人大常委会无法运转或新设省级地方时筹备省级地方人大的隐含权力。^[29]基于此,该决定应属于行使《宪法》和法律赋予的隐含权力作出的执行性决定而不是行使立法权作出的立法性决定。应当说,隐含权力问题较为复杂,通常容易造成争议。面对隐含权力问题,既要通过加强理论研究,充分准确地认识《宪法》和法律规定的全国人大及其常委会的各项隐含权力;亦要改进相关实践,全国人大及其常委会在作出决定时,应当尽可能明确具体的《宪法》或法律条款依据,在无法找到《宪法》或法律中的明示和隐含权力时,可通过行使立法权处理相关事务。^[30]

同时,“实施性立法”的存在,亦容易导致人们在判断决定是否存在创制性内容时存在不同

[27] 不过,需要注意的是,如果常委会超出法律的规定而决定大会召开日期(如2020年忽略当时的《全国人民代表大会议事规则》规定的每年一次的大会应当在第一季度召开的规定而决定在5月召开大会),那么根据只有具有创制性的立法权才能忽略已有法律规定处理事务的原则,应当认定常委会行使的是立法权而不再是《宪法》第61条所隐含的决定召开日期的权力,相关决定因而应当认定为立法性决定。具体分析可参见江辉,见前注[2],第103—104页。

[28] 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66—71页。该文作者以该决定属于处理具体事务而否定其立法属性,进而认定其没有宪法或法律依据而属于“宪法建造”。不过,现代立法处理一次性事项并不鲜见,无法以决定所涉事项是一一次性事项为由否定决定的立法属性。更详细的讨论可参见江辉,见前注[2],第101—105页。

[29] 例如,全国人大常委会曾于1997年作出《关于成立重庆市第一届人民代表大会筹备组的决定》。《辽宁人大筹备组决定》草案说明中提及,“宪法和地方组织法规定,县级以上各级人大常委会每届任期同本级人民代表大会每届任期相同,它行使职权到下届人民代表大会选出新的常委会为止。对于特殊情况,实践中则采取由上一级人大常委会作出决定,成立筹备性机构,代行法定机关职权的做法”。参见李建国:“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)”,《全国人大常委会公报》2016年第5期,第887页。

[30] 通过立法处理的具体方式,参见江辉,见前注[2],第104页。

认识。将宪法有关规定或已有法律中的有关规定具体化,是一种重要的立法形式,即所谓的实施性立法。例如,《国家勋章和国家荣誉称号法》的大部分内容可以视为《宪法》第 67 条第 17 项的具体化。当以“* * 法”的形式进行实施性立法时,人们通常并不争论“* * 法”中的内容是否具有创制性而毫不犹豫地接受实施性立法在性质上是立法,因为“* * 法”的形式本身可以给出决定性和确定性的结论。然而,当以决定形式开展实施性立法时,人们无法基于形式而需要依赖内容本身作出判断。此时,有人可能主张具体化内容是基于逻辑演绎得出的内容因而属于执行性,但也有人可能主张具体化内容无法基于逻辑演绎得出而是某种自由意志的选择因而具有创制性进而属于立法性。如果具体化内容是无法基于逻辑演绎推理得出的内容,则应当认定为具有创制性;但如果具体化内容可以基于逻辑演绎推理得出,则确实容易出现争议,给立法性与执行性决定的区分与识别带来困难。

面对隐含权力与实施性立法造成的识别困难,应从严适用前述区分标准,优先认定存在创制性。一方面,立法权在很多时候(即便有人可能争议不是所有时候)^[31]可以处理应由执行性权力处理的事项,但执行性权力却不能处理应由立法权处理的事项。假设《关于严禁卖淫嫖娼的决定》违反了宪法,全国人大常委会可以行使性质上是执行性权力的合宪性审查权废止该决定,亦可以行使立法权废止该决定。相反,执行性权力没有立法权才有的创制性,当存在创制性内容时,执行性权力将无法染指。因此,当是否存在创制有疑义时,认定存在创制交由立法权处理更为恰当。另一方面,优先认定存在创制有利于规范权力的行使。目前而言,执行性权力的行使条件和程序,总体上不像立法权的行使条件和程序那么规范。例如,《立法法》要求法律草案一般应当向社会公开征求意见。这对于保证立法权行使的民主性、科学性,提高决策质量具有重要作用。相反,执行性权力的行使,目前并无类似要求。因此,从保障权力行使的民主性与科学性的角度出发,宜优先认定存在创制并遵循立法权行使的条件和程序。

三、有关法律问题的决定同时包括立法性和执行性决定造成的问题

有关法律问题的决定,在 1984 年常委会工作报告中首次出现后,^[32]一直用来描述全国人大及其常委会作出的部分决定。这些决定既包括立法性决定亦包括执行性决定。1979 年以后全国人大及其常委会作出的立法性决定,均被常委会法工委列为有关法律问题的决定,但仅有部分执行性决定被列为有关法律问题的决定。有些执行性决定,如 1980 年《关于设立国

[31] 例如,有人可能争议人事任免时,常委会不能通过行使立法权予以处理。

[32] 1984 年常委会工作报告表述为“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”。参见陈丕显:“中华人民共和国全国人民代表大会常务委员工作报告(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《人民日报》1984 年 6 月 6 日,第 2 版。

务院机械工业委员会的决议》、1995年《关于召开第八届全国人民代表大会第四次会议的决定》、2015年《关于批准〈国务院关于提请审议批准2015年地方政府债务限额的议案〉的决议》等,并未列入有关法律问题的决定。据统计,常委会法工委将1979年至2016年期间^[33]全国人大及其常委会作出的229件决定^[34]列入了有关法律问题的决定。除1982年《关于本届全国人民代表大会常务委员会职权的决议》属于修宪决定外,按照前文确定的区分标准和识别方法判断,98件属于立法性决定,130件属于执行性决定。立法性决定如1981年《关于死刑案件核准问题的决定》、1991年《关于严禁卖淫嫖娼的决定》、2005年《关于司法鉴定管理问题的决定》、2011年《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》。执行性决定如1993年八届全国人大行使1982年《国务院组织法》第8条规定的设立、撤销或者合并国务院组成部门的权力而作出的《关于国务院机构改革方案的决定》,2007年十届常委会行使《选举法》第15条等赋予的权力而作出的《关于第十一届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决定》,2015年十二届常委会行使1982年《宪法》第67条第18项规定的决定特赦的权力而作出的《关于特赦部分服刑罪犯的决定》。

有关法律问题的决定,作为一个独立的概念却同时包括不同性质的决定,容易引发误认和争议,进而产生一些衍生问题。首先,使得规范权力的行使,特别是立法权的行使变得困难。立法权与执行性权力的行使要求和行使后的法律效果不同,包括能否“违反”已有法律的规定存在不同,二者应予区别对待。全国人大及其常委会以决定方式既行使立法权又行使执行性权力本就模糊了立法权与执行性权力的区别,^[35]而行使立法权与执行性权力作出的决定均被视为有关法律问题的决定,则加剧了模糊程度。有关法律问题的决定中的立法性决定,因为是立法权的行使,自然可以制定、修改、补充和废止法律。如果据此引申认为所有的有关法律问题的决定,甚至是未列入有关法律问题的决定的其他决定,均可以制定、修改、补充和废止法律,将造成行使执行性权力亦可以制定、修改、补充和废止法律的错误推论。认为行使决定权亦“可广泛地用来修改、补充和解释法律”,^[36]认为行使决定权所作的决定亦属于立法性决定,^[37]在一定程度上均是受到有关法律问题的决定同时包含立法性与执行性决定的影响。

[33] 常委会法工委将2017年以后的相关决定笼统地列为有关法律问题和重大问题的决定。因无法准确区分有关法律问题的决定和有关重大问题的决定,本文未对2017年以后的相关决定进行统计分析。

[34] 参见全国人大常委会法工委立法规划室,见前注[3],第155—238页;其中2016年数据参见全国人大常委会法工委编:《中华人民共和国法律汇编(2016)》,人民出版社2017年版,第3页。需要说明的是,法工委编、人民出版社按年连续出版的《中华人民共和国法律汇编》列入的有关法律问题的决定与《中华人民共和国立法统计(2018年版)》列入的有关法律问题的决定存在部分出入,《中华人民共和国法律汇编》列入的有关法律问题的决定的数量为209件。

[35] 参见江辉,见前注[2],第98—100页。

[36] 蔡定剑:《中国人民代表大会制度》(第四版),法律出版社2003年版,第315页。

[37] 参见金梦,见前注[16],第152页。

为了规范权力的行使,避免通过行使执行性权力达到行使立法权的效果,立法权的行使应当有统一的形式和方式。例如,行使立法权制定的文件,不论是称为“* *法”还是“* *决定”,均应严格按照《宪法》《立法法》及有关议事规则的规定由国家主席颁布主席令公布。然而,有关法律问题的决定既包括立法性又包括执行性决定,使得要求立法权按照统一的形式和方式行使变得困难。例如,2011年常委会作出《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》过程中,有一种主张认为,《商业银行法》等规定银行账户的冻结措施只能由法律规定,而《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》规定了冻结措施因而宜视为行使立法权制定法律,应当按照《立法法》的规定至少审议两次并由国家主席令公布。然而,另一种观点则认为,《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》在性质上是有关法律问题的决定而不是法律,而有关法律问题的决定并没有统一的作出形式和方式,有些有关法律问题的决定多次审议并由主席令公布,有些则一次审议且未由主席令公布,因此《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》无需多次审议亦无需由主席令公布。最终,《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》仅经一次审议即通过且未由主席令公布。应当说,有关法律问题的决定中包括大量执行性决定,而执行性决定的作出确实无需遵守立法权行使的形式和方式。但以此论证被列入有关法律问题的决定中的立法性决定亦无需遵守立法权行使的形式和方式,并不成立。然而,有关法律问题的决定同时包括立法性和执行性决定,却成就甚至助长了这一本不成立的错误,使得要求立法权按照统一的形式和方式行使变得困难。如果有关法律问题的决定继续同时包括立法性和执行性决定,那么2023年修改《立法法》将有关法律问题的决定纳入其中,并不能像有论者期望的那样对立法权的行使起到规范作用。^[38]

其次,容易造成决定性质与效力的误认。全国人大及其常委会所作决定的性质和效力,识别起来本就困难,一直是“宪法学研究的难点问题”。^[39]同时包括立法性与执行性决定的有关法律问题的决定,加剧了决定性质与效力的识别困难。^[40]有关法律问题的决定以独立概念的形式出现,并在法律中作了明确规定,^[41]自然容易被误认为指向的是性质相同的一类决定。因为有关法律问题的决定包含大量立法性决定,容易使人误以为有关法律问题的决定均具有类似法律的效力。例如,有文章提出,有关法律问题的决定均属于法规范,只是效力低于宪法和法律。^[42]实践中,司法机关亦认为“此类决定皆具有某种法规范

[38] 参见谭清值:“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”,《政治与法律》2024年第1期,第25—40页。

[39] 孙成、邹平学:“如何审视8.31决定的若干法律问题”,《港澳研究》2015年第2期,第39页。

[40] 参见江辉,见前注[2],第100页。

[41] 1987年《全国人民代表大会常务委员会议事规则》第16条第2款规定,“有关法律问题的决定的议案”由法律委员会审议提出审议结果的报告。

[42] 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216、219—220页。

效力”。〔43〕这样的误认还被用于识别和论证具体决定的性质与效力。例如，“根据公布主体与制定程序的标准判断，‘831 决定’（即常委会 2014 年《关于香港特别行政区行政长官普选问题和 2016 年立法会产生办法的决定》）属于狭义的法律或法律解释，但这不影响其作为广义的法律具有法规范效力，只是其效力层级低于《宪法》和《香港特别行政区基本法》（包括对其的解释）而已”。〔44〕

然而，有关法律问题的决定中，立法性决定在性质上与称为“* * 法”的法律无异，与称为“* * 法”的法律不存在效力位阶差异；执行性决定在性质上则不是法律或法规范，并不默认具有法律的各项法律效果，不应与法律法规规章等法规范之间直接讨论效力位阶问题，〔45〕与其他法律之间不适用新法与旧法、一般法与特别法的冲突解决规则。《关于香港特别行政区行政长官普选问题和 2016 年立法会产生办法的决定》作为有关法律问题的决定，不是行使立法权创设的法律，而是行使《香港特别行政区基本法》及其解释中的有关条文赋予的权力（性质上为执行性权力）作出的执行性决定。它虽然具有法律效力但不是法律；它依据《香港特别行政区基本法》及其解释而对香港特别行政区具有约束力，而不是因为其属于法律而对香港特别行政区具有约束力；它与《香港特别行政区基本法》之间不存在效力位阶孰高孰低的问题。

因此，从确保概念清晰以避免误认和争议的角度，亦为规范权力行使，有必要使有关法律问题的决定仅指向单一法律性质的事物。《立法法》规定有关法律问题的决定适用该法，恰好提供了这一契机。基于后文论证的执行性决定不应适用《立法法》的法理逻辑，应将有关法律问题的决定限定为立法性决定，从而将有关法律问题的决定从工作层面为方便表述而使用的术语，转化为一个严格的法律概念。

四、有关法律问题的决定应当限定为立法性决定

虽然在较长时间内有关法律问题的决定既包括执行性决定，亦包括立法性决定，但执行性决定作出时应当遵循的条件、程序和它自身的效力均不是适用《立法法》而是适用其作出时所依据的《宪法》或其他法律相关条款。因此，当《立法法》第 68 条规定有关法律问题的决定的作出适用《立法法》后，有关法律问题的决定应当限定为立法性决定，不再包括执行性决定。实际上，官方在 2017 年将有关法律问题的决定区分为有关法律问题的决定和有关重大问题的决定，可以视为已经将有关法律问题的决定限定为立法性决定。

〔43〕 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 67 页。

〔44〕 孙成等，见前注〔39〕，第 40 页。

〔45〕 有文章认为，全国人大或其常委会作出的“具体规范性决定”的效力位阶低于法律。具体参见谭清值，见前注〔38〕，第 35 页。该观点即是不当地将执行性决定与法律进行效力位阶比较。

(一) 执行性决定不适用《立法法》

立法性与执行性决定背后的权力依据不同,决定了二者作出时应当遵循的条件和程序不同。行使立法权作出立法性决定,自然应当遵循调整立法权行使的《立法法》所规定的条件和程序;但行使执行性权力作出执行性决定,则应当遵循赋予执行性权力的《宪法》或法律相关条款而非《立法法》规定的条件和程序。例如,常委会作出决定将部分全国性法律列入《香港特别行政区基本法》附件三时,应当满足《香港特别行政区基本法》第18条规定的各项条件,包括但不限于全国性法律所调整的事项应当属于有关国防、外交或其他不属于香港特别行政区自治范围的事项;同时应当遵循《香港特别行政区基本法》第18条规定的相关程序,即在作出前征询香港特别行政区和常委会香港特别行政区基本法委员会的意见。当然,有时《宪法》或法律赋予执行性权力时并未明确规定权力行使的程序,此时常委会应当遵循《宪法》《全国人民代表大会会议事规则》《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》等规定的相关程序。

事实上,全国人大或其常委会行使执行性权力客观上无法适用《立法法》。《立法法》调整的主要内容是立法权的行使,除在备案审查等极少数领域规定了撤销行政法规、地方性法规等执行性权力外,对《宪法》和其他法律赋予全国人大及其常委会的大部分执行性权力均未涉及;既未规定特赦的适用条件和程序,又未规定设置人民法院的条件和程序,亦未规定设置常委会工作机构的条件和程序,^[46]凡此种种。因此,除《立法法》规定的极少数执行性权力外,全国人大及其常委会行使执行性权力时,客观上无法适用《立法法》。

同时,执行性决定的效力判断不应适用《立法法》。《立法法》规定了法律在整个法律体系中的效力,包括法律之间(新法与旧法、一般法与特别法)及法律与其他具有法源地位的法律规范之间(如法律的效力高于行政法规等)产生冲突后的适用规则。区别于立法性决定在性质上为法律,执行性决定在性质上不是法律,而是其所依据的《宪法》或法律相关条款衍生出的法律决定,法律效力依附于其所依据的《宪法》或法律相关条款,因而不能适用《立法法》关于法律的各项效力规定。当执行性决定与法律发生冲突时,不能适用新法与旧法、一般法与特别法等冲突解决规则,而只能将执行性决定所依据的《宪法》或法律与发生冲突的法律之间适用冲突解决规则决定效力优先顺序后,确定应当适用执行性决定还是应当适用法律。如果将部分执行性决定归为有关法律问题的决定而适用《立法法》,将导致这些执行性决定错误地被视为法律,导致法律效果的误认。

因此,将全部或部分执行性决定视为有关法律问题的决定而适用《立法法》,构成法律适用错误。

(二) 有关法律问题的决定限定为立法性决定的可行性

2017年以前,有关法律问题的决定既包括立法性决定,亦包括执行性决定。但这种做法

[46] 以上三项执行性权力分别由《宪法》第67条第18项(特赦权)、《人民法院组织法》第3条(设立人民法院的权力)、《全国人民代表大会组织法》第28条(设立常委会工作机构的权力)规定。

在2017年发生了重大变化,有关法律问题的决定的含义和范围似被限缩为立法性决定。2017年9月4日,十二届常委会委员长张德江在“十二届全国人大第十八期代表学习班”开班式上的讲话中使用了一个新的术语“有关法律问题和重大问题的决定”,其提到“截至目前,新制定法律22件,修改法律110件次,通过有关法律问题和重大问题的决定决议37件”。〔47〕此处“有关法律问题和重大问题的决定”是代替之前的“有关法律问题的决定”。常委会法工委主任沈春耀在同期发表的文章亦采用了类似表述,并从权力行使角度描述为全国人大及其常委会“依法对若干重大问题和有关法律问题作出决定”。〔48〕此后,常委会的工作报告一直采用“有关法律问题和重大问题的决定”而非“有关法律问题的决定”的表述。例如,2023年常委会工作报告表述为“过去一年……通过有关法律问题和重大问题的决定4件”。从2018年开始,常委会法工委汇编、人民出版社连续出版的法律汇编,亦将原来的“有关法律问题的决定”板块调整为“有关法律问题和重大问题的决定”板块。〔49〕

不过,值得注意的是,虽然在工作层面一直将二者合称为“有关法律问题和重大问题的决定”,但在有区分必要时,则予以分开表述。2021年,全国人大修改《全国人民代表大会会议事规则》时,增加规定宪法和法律委员会向大会主席团提出“有关法律问题的决定草案修改稿”(第26条第2款),此处并未使用“有关法律问题和重大问题的决定草案修改稿”。而在2023年修改《立法法》时,第68条使用的也是“有关法律问题的决定”而非“有关法律问题和重大问题的决定”。基于此,可以发现,有关法律问题和重大问题的决定实际上是有关法律问题的决定和有关重大问题的决定的合称。

目前没有文献清晰界定有关重大问题的决定是什么,有关法律问题和重大问题的决定目录亦未明确标示哪些是有关法律问题的决定、哪些是有关重大问题的决定。〔50〕从有关重大问题的决定的名称来看,它似乎指向的是行使重大事项决定权作出的决定。然而,重大事项决定权的内涵和外延一直以来并不清晰。〔51〕单纯依赖重大事项决定权的含义难以界定有关重大问题的决定。同时,重大问题与法律问题实际难以区分。从法治角度而言,全国人大及其常委会行使任何权力均应有宪法和法律依据,它们行使权力处理的任何问题均是法律问题。同时,不论是立法,还是人事任免,抑或监督,亦包括其他某一具体事项的处理,如果需要全国人大或其常委会来处理,必然是重大问题,否则从国家机构的职责分工角度来说,无需全国人大

〔47〕 张德江:“尊重代表主体地位 充分发挥代表作用”,《中国人大》2017年第17期,第13页。

〔48〕 沈春耀:“党的十八大以来人民代表大会制度的新发展”,《中国人大》2017年第17期,第24页。

〔49〕 例见全国人大常委会法工委编:《中华人民共和国法律汇编(2017)》,人民出版社2018年版,出版说明页。

〔50〕 唯一的例外可以通过比较常委会法工委立法规划室编的《中华人民共和国立法统计(2018年版)》与法工委编、人民出版社出版的《中华人民共和国法律汇编(2017)》发现。就2017年作出的决定而言,前者收录了7个有关法律问题和重大问题的决定,后者收录了6个有关法律问题的决定,二者差异是1个有关重大问题的决定,即《辽宁人大筹备组决定》。

〔51〕 参见蔡定剑,见前注〔36〕,第314页。

或其常委会介入。总之,所有的重大问题都是法律问题,而所有的法律问题亦都是重大问题。相应地,无法从一个问题是法律问题还是重大问题,判断一个决定是有关法律问题的决定还是有关重大问题的决定。

从执行性决定不应适用《立法法》来看,在区分有关法律问题的决定和有关重大问题的决定后,似可主张有关法律问题的决定特指立法性决定。^[52] 常委会法工委国家法室主任童卫东在解读 2023 年《立法法》修改时,明确将作出有关法律问题的决定视为一种立法形式,^[53] 亦可说明有关法律问题的决定特指立法性决定。

五、结 论

严格来说,本文是一种建构性的阐释。有关法律问题的决定本身不是一个清晰的法律概念,官方目录中的决定的内容亦千差万别,引起的实务和理论争议并不少。以 2023 年《立法法》修改将有关法律问题的决定纳入其中为契机,本文尝试以创设新的法律制度为标准将有关法律问题的决定限定为立法性决定,目的是希望新修改的《立法法》第 68 条能够真正发挥规范作用。一方面,使全国人大及其常委会的所有立法行为均纳入《立法法》调整,从而避免全国人大及其常委会以决定方式行使立法权造成的诸多问题;^[54] 另一方面,使全国人大及其常委会行使立法权与行使《宪法》和法律赋予的其他权力之间能够予以区分,毕竟行使执行性权力作出执行性决定应当遵循的条件和程序与作出立法性决定存在根本区别,决定的法律效果亦不相同。

当然,理论上将有关法律问题的决定限定为立法性决定,并不足以规范全国人大及其常委会的权力行使。如果有关法律问题的决定的作出继续没有清晰的外在形式作为识别特征,那么人们仍然容易将有关法律问题的决定与执行性决定相混淆。就像前述对《辽宁人大筹备组决定》等决定的分析一样,人们基于不同的观点、立场和视角而存在不同的认识。要真正发挥《立法法》将有关法律问题的决定纳入其中的规范作用,除了在理论上将有关法律问题的决定限定为立法性决定外,还应当在实践中严格依照《立法法》作出有关法律问题的决定。基于有关法律问题的决定的立法属性,其本质与全国人大及其常委会制定的称为“* * 法”的法律无异。因此,《立法法》中关于法律的规定,包括全国人大及其常委会制定法律的各项规定,以及关于法律的效力和适用规则的规定,原则上均应适用于有关法律问题的决定。亦言之,《立法法》规定的立法权限分配制度、宪法和法律委员会统一审议制度、审次制度、法律草案文本公开

[52] 至于有关重大问题的决定是包括原来归入有关法律问题的决定中的所有执行性决定还是只包括其中的部分执行性决定,因涉及传统“四权”分类中重大事项决定权的理解问题,需要另文专门讨论。笔者倾向于认为可以将原来归入有关法律问题的决定中的所有执行性决定均视为有关重大问题的决定。

[53] 参见童卫东:“新《立法法》的时代背景与内容解读”,《中国法律评论》2023 年第 2 期,第 200 页。

[54] 关于以决定方式行使立法权造成的问题,可参见江辉,见前注[2],第 97—101 页。

征求意见制度、国家主席公布法律的制度、法律文本的刊载制度均适用于有关法律问题的决定的作出。当然,未来如果能将行使立法权制定的文件名称统一为“* * 法”[特殊情形可标注为“* * 法(暂行)”或“* * 法(命令)”等],不再以决定形式行使立法权,则更为理想。

Abstract: The term “decisions on legal issues” emerged after the 1982 Constitution removed references to decrees and has not been a clear legal concept. Officially, such decisions include both legislative and executive decisions. Legislative decisions, made using the creative legislative power, are considered laws. In contrast, executive decisions, which are made under constitutional and legal provisions without law-creating authority, are not laws and do not inherently carry the legal effects associated with laws. From a legal theory perspective, executive decisions should not be governed by the Legislation Law, which primarily regulates the exercise of legislative power. Instead, they should be governed by relevant constitutional or legal provisions granting executive authority. The 2023 amendment to the Legislation Law clarified that decisions on legal issues fall under the Legislation Law, thus limiting such decisions to legislative ones and excluding executive decisions.

Key Words: Decision on Legal Issues; Legislative Decisions; Executive Decisions; Legislative Power; Legislation Law

(责任编辑:彭 鐔)