

国务院的宪法地位

王贵松^{*}

摘要 国务院的宪法地位形成于1954年宪法,也体现于现行《宪法》第85条。“中央人民政府”是国务院的概括性地位,系指国务院可对内对外代表国家,但不能由此推导出国务院享有概括性的统治权。作为“最高国家权力机关的执行机关”,国务院负责执行最高国家权力机关的意志,接受其监督,且不具有任何实质的反制手段,但这也并不意味着全国人大是国务院的上级机关。作为“最高国家行政机关”,国务院行使行政权,但并非行政权都归属于国务院;国务院领导的国家机关都是行政机关,所有的行政机关也应当实质性地接受国务院的领导。国务院的职权源自宪法和全国人大及其常委会的授予,“行政”只能是集合性概念,对“行政”采取消极说的界定并不妥当。在最高国家权力机关的执行机关与最高国家行政机关的关系上,应当首先确定应由最高国家权力机关决定的领域,国务院在非执行的领域可以享有一定的自主空间。虽然不能从国务院的宪法地位导出国务院的具体职权,但它能为国务院的权限划出一定的范围。

关键词 国家权力结构 中央人民政府 行政 执行 国家行政机关

引言

正确理解国务院的宪法地位,既是维护国务院应有地位的需要,也是规范国务院实际权能的前提。现行《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关”。这一规定看似明确,却存在诸多难解之处:这三组概念能包含怎样的规范要求?三组概念的相互关系是什么?最高国家权力机关的执行机关与

^{*} 中国人民大学法学院教授。本文是国家社科基金重大项目“中国宪法学文献整理与研究”(项目编号:17ZDA125)、教育部人文社科研究项目“中国行政法学说史研究”(项目编号:20YJA820020)的阶段性成果。

最高国家行政机关的关系是什么？国务院是仅仅具有执行的权限还是能充分发挥最高国家行政机关的作用呢？这些问题与诸多理论困惑和实践疑难密切相关。厘清国务院的宪法地位，对于法治国家建设有重要意义。

一方面是制度上的意义。作为国家权力结构中最重要的一对关系，如何确定全国人大与国务院之间关系的问题，从国务院角度而言，就是如何确定《宪法》第85条中“执行”和“行政”之间的关系。这种关系需要在人大制度的政体之下来理解，单单讲某一方面或者突出某一点都是不合适的。强调“执行”，甚至置宪法规定于不顾，蚕食乃至虚置国务院，固然有助于提升人大的权威，但忽视了人大自身的组织局限性。强调“行政”，固然合乎单一制大国对行政权威的客观需求，但可能与我国的人大制度产生紧张关系。现实的需要与规范的要求，如何协调，如何在规范之下提供解释的空间、设定一定的界限，需要对国务院宪法地位作整体的思考和把握。

另一方面是学理上的意义。明确国务院的宪法地位，就是明确国务院在整个国家权力结构中的地位。学界近些年有不少关于国务院某一方面职权的探讨，特别是行政法规的制定权限、法律保留的范围等。以国务院独立的行政法规制定权限（职权立法）为例，理论上存在两种论证方式。稍早的做法是个别权限的解释或比较。单单是对《宪法》第89条第1项国务院行政法规制定权限的规定作语义分析，或者是把第89条第1项与第58条全国人大及其常委会的国家立法权放在一起比较分析，得出可承认国务院职权立法的结果，这是有欠妥当的。近来的做法则显得更为高明，通过第85条“中央人民政府”的解释为从第89条第1项中导出职权立法提供支持；〔1〕或者在第85条的国务院宪法地位之下，通过对“执行”“立法”（第58条）等概念作不同的解释来论证第89条第1项的国务院的独立权限，为职权立法提供正当性。〔2〕后一种论证方式虽然在结论上未必妥当，但是在方法上照顾到了体系的意义。脱离整个框架体系，可能导致一叶障目，而得不出适当的判断。对国务院宪法地位作整体把握，有助于提升理论解释的融贯性，防止在做其他研究时左支右绌、前后矛盾。

宪法规范应是现实权力运作或相关改革的出发点。在国家机构相互作用渐趋频繁的今天，回归宪法文本，在整体上认识国务院的宪法地位，对于适当发挥国务院的功能、划定国务院的权限范围，具有重要价值。

一、国务院宪法地位的确立

国务院并非现行宪法创立的全新组织，有其前生今世。回溯历史，两相对照，或有助于认识今天国务院的宪法地位。

〔1〕 参见谢立斌：“论国务院的职权立法权”，《政法论坛》2018年第6期，第107—108页。

〔2〕 参见黄宇晓：“立法与行政的权限分配”，《法学家》2020年第1期，第58—59页。

(一)旧中国国务院的对照

在中华民国时期,已有“国务院”的设置。由于《中华民国临时政府组织大纲》采用总统制,不设国务院;《中华民国临时约法》则改采用议会内阁制,设立了国务院。1912年4月4日,南京的参议院制定了《国务院官制》。其第1条规定:“国务院由国务员组织之”。6月19日,北京的参议院通过了《修正国务院官制》,并于6月26日由临时大总统正式公布。^{〔3〕}根据《中华民国临时约法》规定,临时大总统经参议院同意可任免国务员(第34条)。国务员为国务总理及各部总长,国务总理为国务员首领,保持行政的统一。^{〔4〕}

1914年5月1日《中华民国约法》颁布,袁世凯下令废止《国务院官制》,组织总统府政事堂,政事堂为政务机关,对大总统负责。原呈报国务总理之事一律改呈大总统,委任国务卿以代替之前的国务总理,各部一律改为直隶于大总统。这样就取消了内阁制,加强总统的集权。直至1916年5月,为形势所迫,袁世凯又将政事堂改回为国务院。^{〔5〕}

“国务院”在正式宪法文本的首次出现是1923年宪法,以第八章“国务院”专章的形式加以规定。国务院由国务员组成,国务总理及各部总长均为国务员。国务总理的任命须经众议院同意,国务员赞襄大总统,对于众议院负责;大总统所发命令及其他关系国务的文书,非经国务员副署,不生效力,但任免国务总理不在此限。

至南京国民政府时期实行五院制,国务院就不复存在了,国务院在民国时期共存续14年时间。历史表明,总统制不需要内阁式的国务院,国务院对应的政体是议会内阁制,国务员副署大总统的法律案、命令等,负有实际政治责任,向国会负责。国务院也有一定的反制措施:在国务员受到参议院弹劾时,临时大总统可以提交参议院复议一次(临时约法第47条);大总统在国务员受到不信任决议时,非免国务院之职,即解散众议院;但解散众议院,须经参议院同意(1923年《宪法》第89条第1款)。这种府院关系的设计并未被新中国完全承继,与人大制度也存在部分抵触之处。

(二)新中国国务院的形成

在新中国,1949年设立的政务院是“国务院”的前身。政务院由中央人民政府委员会组

〔3〕 参见谷丽娟、袁香甫:《中华民国国会史》(上),中华书局2012年版,第228—230、357—361页。

〔4〕 但“国务院”一词并未规定在《中华民国临时约法》中,1913年它首次出现在“天坛宪草”上,该宪法草案第七章标题为“国务院”。针对其沿革,起草委员王鑫润说明如下:“查国务院之由来,系采用英国制,在英美二国行政机关略有不同。本委员会当时讨论及此,以为英美二国制度何者为完备,几经讨论最后乃决定采用英国制。按照国务院全章与外条文有相关联之处,不过多系属于学理上之研究,现在无须赘述。查国务院名称之由来,按之本国沿革历史,在随(应为‘临’——引者注)时约法大纲已有规定。不过彼系国务员,而非国务院而已。至其分别之原因,亦可略为说明。查国务员为一种机关,与大总统为对待的;国务院之意义较广,与国会为对待的,此系本国国务院之沿革也。”吴宗慈:《中华民国宪法史》,于明、王捷、孔晶点校,法律出版社2013年版(原书为1923年版),第224页。

〔5〕 参见钱端升等著:《民国政制史》(上册),上海人民出版社2008年版,第82、116页。

织,是“国家政务的最高执行机关”。〔6〕1954年宪法将政务院改为“国务院”,国务院成为正式的国家机构,并以第二章第三节“国务院”专门一节的形式写入宪法。国务院与政务院虽然只有一字之差,在性质上都属于最高国家行政机关,〔7〕但在地位、组成、机构设置、职权等方面都有重要差别,不可等同视之。〔8〕对于为何将政务院改名为国务院,尚未见权威说明。可能的解释是国务院的职权和规模都远大于政务院,连1952年增设的直辖于中央人民政府委员会的国家计划委员会、亦即与政务院平行的机关都改成了国务院的部门,而且在国务院之下也设立了国防部,因而有必要更改名称。

1954年3月23日,宪法起草委员会召开第一次全体会议,中国共产党中央委员会正式提出《中华人民共和国宪法草案(初稿)》。其中,现行《宪法》第85条对应的条文是其第45条,即“中华人民共和国国务院是中华人民共和国的中央人民政府,是国家最高管理机关”。宪法草案初稿说明指出“国务院实质上是执行机关”。“国务院就是中央人民政府,等于苏联和人民民主国家的部长会议,是全国人民代表大会的执行机关。这和社会主义国家的属同一类型,有些差别,是根据我国具体情况规定的。”在5月28日的第三次全体会议上,经讨论,该条被修改为“中华人民共和国国务院是中华人民共和国政府,是国家权力最高机关的执行机关,是国家最高行政机关”。6月14日,中央人民政府委员会审议通过宪法草案,第47条规定:“中华人民共和国国务院,即中华人民共和国政府,是最高国家权力机关的执行机关,是国家最高行政机关。”之后,草案交付全民讨论。9月15日,第一届全国人大第一次会议召开,审议宪法草案。“国务院,即中华人民共和国政府”被修改为“国务院,即中央人民政府”。〔9〕1954年9月20日,第一届全国人大第一次会议通过了宪法,第47条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是国家最高行政机关。”1975年《宪法》第19条第1款规定“国务院即中央人民政府。国务院对全国人民代表大会和它的常务委员会负责并报告工作。”这一规定虽然十分简略,但也明确了国务院与最高国家权力机关之间的关系。1978年《宪法》第30条第1款则恢复了1954年宪法的表述。1954年《宪法》第47条的规定也被现行宪法完完整整地继承下来。故而,1954年宪法起草审议时的材料可以用于下文分析现行

〔6〕《中华人民共和国中央人民政府组织法》(已废止)第5条。关于名称上使用政务院而不用国务院的问题,董必武指出:“关于政务院的名称,原来有人主张用国务院,但国务院包括军事,不太合适;有人主张用行政委员会,但中央人民政府委员会是委员会,最高行政机关下还有指导性的委员会一级,其下还有各种委员会,这样名称容易混淆。至于部长会议或部会长会议也不合乎我们的实际,在我们的最高行政机关中,部长不一定是政务委员。所以最后我们仍采用了政务院的名称。”董必武:“关于草拟中华人民共和国中央人民政府组织法的经过及其基本内容的报告(一九四九年九月二十二日在中国人民政治协商会议第一届全体会议上)”,载中国人民政治协商会议全国委员会文史资料研究委员会编:《五星红旗从这里升起》,文史资料出版社1984年版,第522页。

〔7〕参见崔玉雯:“1949—1954年中央行政体制相关问题略探”,《党的文献》2008年第2期,第73—74页。

〔8〕参见黄寒冰:“‘政务院’与‘国务院’的差别”,《中国行政管理》1998年第5期,第17—18页。

〔9〕参见韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第272、273、279—280、369页。

《宪法》第 85 条的含义。

(三) 现行《宪法》第 85 条的规范特征

现行《宪法》第 85 条是国务院的性质和宪法地位的规定。^{〔10〕} 它表明了国务院在国家权力体系中的地位,既明确了国务院与全国人大之间的关系,也明确了国务院在行政系统内部的地位。相对特别一点的是“中央人民政府”的定位,这一定位与“最高国家权力机关的执行机关”“最高国家行政机关”的定位是什么关系?

在各种宪法教材中,通常在国务院的性质和地位之下分列三点。谢立斌明确指出根据《宪法》第 85 条,国务院有三重身份:中央人民政府、最高国家权力机关的执行机关、以及最高国家行政机关。^{〔11〕} 但从文字表达上来看,“中央人民政府”前面的是“即”,后两者前面的谓语是“是”。三重身份说忽视了第 85 条条文中“即”和“是”的差别。在 1954 年宪法起草委员会第六次全体会议上,对于“国务院,即中央人民政府”的“即”字,叶圣陶的解释是:“说明性质的,用‘是’字;插进去的,用‘即’字。”邓小平认为:“用‘即’字明确些,严密些。”而黄炎培认为:“用‘是’字庄严些。”刘少奇认为:“法律上以准确些为好,念起来不顺口是次要的。那就改为‘即’好了。”最后采用了“即”字。^{〔12〕} “国务院,即中央人民政府”,国务院就是中央人民政府,中央人民政府就叫国务院,“中央人民政府”是在解释“国务院”,具有概括性,是在国家整体层面上谈国务院的地位;而最高国家权力机关的执行机关和最高国家行政机关是在相互关系中具体谈国务院的性质和地位。也就是说,《宪法》第 85 条规定的不是三重身份,而是两个层面上的三种地位。

第 85 条的规定具有统领性,宪法第三章第三节之下的内容均处于本条的统摄之下。本条虽然是陈述句式,但带有肯定判断的内容,包含着对国务院宪法地位的应然判断。国务院的宪法地位是国务院职权职责的综合体现,为国务院职权划定了范围,不应允许逾越这种宪法地位设立机构、配置职权。我们无法从国务院的性质和地位中导出具体的职权,在其宪法地位允许的范围内,如何设立机构、配置职权,具有较大的立法裁量空间。下文拟结合制宪史资料对国务院的宪法地位进行逐一分解。

二、国务院作为中央人民政府

“国务院,即中央人民政府”,这是国务院概括性的宪法地位,需要解释的是“中央人民政

〔10〕 我国宪法上的国家机关除了国家主席、中央军事委员会之外,都存在这种定性的条款。这种对国家机关宪法地位作出规定的立法例是在新中国宪法才有的,在国外也不多见,与《日本国宪法》第 1 条关于“天皇是日本国的象征,是日本国民整体的象征”、第 41 条关于“国会是国家的最高权力机关,是国家唯一的立法机关”的立法例有相同之处。

〔11〕 谢立斌,见前注〔1〕,第 107 页。

〔12〕 韩大元,见前注〔9〕,第 297 页。

府”的含义以及在这一概念中能包含怎样的内容。

(一)中央人民政府的内涵与构成变迁

在新中国,“中央人民政府”一词经历过内涵的重大变迁。1949年9月27日中国人民政治协商会议第一届全体会议通过了《中华人民共和国中央人民政府组织法》,该法第3条规定:在普选的全国人大召开前,由中国人民政治协商会议的全体会议执行全国人大的职权,制定中央人民政府组织法,选举中央人民政府委员会,并付之以行使国家权力的职权。1949年9月29日通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》第12条第2款规定“国家最高政权机关为全国人大。全国人大闭会期间,中央人民政府为行使国家政权的最高机关”,第13条第1款作出与前述组织法相同的规定。董必武指出:“中央人民政府委员会选出后,人民政治协商会议选出的全国委员会即成为国家政权以外各党派、各人民团体的协议机关”。〔13〕中央人民政府委员会就成为当时的最高国家权力机关。

在1949年至1954年之间,中央人民政府包括中央人民政府委员会、中央人民政府主席、政务院、人民革命军事委员会、最高人民法院和最高人民检察署(1952年增设国家计划委员会)。当时,所谓中央人民政府就是上述机关的总和,是一个有系统的、内部结构紧密的大政府。中央人民政府集立法、行政、审判和检察于一体,可以说是贯彻了“议行合一”原则。〔14〕

1954年宪法在政务院的基础上加以发展,设立了国务院,并使其具有了中央人民政府的地位。为了和建国初期的中央人民政府委员会相区别,1954年宪法明确规定“国务院即中央人民政府”。〔15〕自1954年宪法开始,“中央人民政府”仅指国务院,国务院的构成就是中央人民政府的构成。根据现行《宪法》第86条第1款规定,国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。而现行宪法之下的中央人民政府,即国务院,组织构成是按照总理负责制来设计的,是民主集中制在国务院的具体体现。

在理论上,对“政府”有不同理解,有大政府(包括整个国家机关)和小政府(仅为行政机关)之别。在1954年宪法起草委员会第三次全体会议上,董必武认为:“美国‘政府’是包括立法、行政、司法的。苏联和人民民主国家的‘政府’是立法机关的执行和号令机关。苏联政府即苏联部长会议,不包括最高苏维埃。我们把‘中央人民政府’改称国务院好。”刘少奇也认为,“中国的习惯‘行政机关’就是指政府机关”。〔16〕由此,我国采用了狭义的政府用法,只有国务院序列是政府。“政府”之前加上“人民”二字,体现了人民对政府的情感,〔17〕旨在强调政府的人

〔13〕 董必武,见前注〔6〕,第521页。

〔14〕 参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第99页。对于现行宪法之下,是否仍秉持议行合一原则,参见杜强强:“议行合一与我国国家权力配置的原则”,《法学家》2019年第1期,第1页以下。

〔15〕 参见吴杰、廉希圣:《中华人民共和国宪法释义》,法律出版社1984年版,第133—134页。

〔16〕 参见韩大元,见前注〔9〕,第279页。

〔17〕 参见韩大元,见前注〔9〕,第278、308页。

民性、政府为人民服务的宗旨。政府还有与构成政府的职能部门相对的内涵。只有国务院可以称为政府,国务院下属的部委等只是政府的职能部门。

在现行宪法之下,中央人民政府不等于中央行政机关。中央行政机关包括国务院、国务院各部委、国务院直属机构、国务院直属特设机构和国务院办事机构,但中央人民政府仅为国务院。国务院与其他中央行政机关之间的关系属于后述“最高国家行政机关”定位所涵盖的范围。

(二)现今“中央人民政府”的四种解释

过去通常认为国务院作为中央人民政府是相对于全国的地方各级人民政府而言的。例如许崇德曾认为:“国务院是中央人民政府。它是中华人民共和国的政府,而不是地方性的政府。我国的地方政府……都要受中央人民政府的统一领导”。^[18]但是,联系这一法条表述的形成史来看,“国务院,即中央人民政府”的前一稿是“国务院,即中华人民共和国政府”,再往前的表述是“国务院是中华人民共和国的中央人民政府”,一直都在强调“中华人民共和国”,“中央人民政府”一词就很难没有对外的成分。

许崇德后来在自己的教材中说:“在我国的对外事务中,国务院就是中华人民共和国政府,也即我国的中央人民政府。再从国内的政权组织体系来说,我国有许许多多地方人民政府……都要服从中央人民政府。我国是单一制的国家,全国只有1个中央人民政府,中华人民共和国的中央人民政府就是国务院。”^[19]韩大元也较为精炼地指出:“国务院即中央人民政府有两重意义:一是在国际社会,国务院是代表中华人民共和国的政府;二是我国的地方人民政府体系中,国务院是中央政府”。^[20]

也有学者试图从这一定位中推导出更多的内涵,可称为概括性领导权说。谢立斌认为,既然《宪法》第85条规定了国务院的三种身份,它们就应该有各自的意涵,“中央人民政府”就应区别于国家权力机关的执行机关和国家行政机关。从历史衍变来看,原来包罗万象的政府权力中分离出立法权和司法权之后,现代意义上的政府仍然享有广泛的国家领导职权。政府行使国家领导职权的原理,在我国宪法上也有体现,《宪法》第89条第2项到第17项就赋予了国务院一系列领导职权。^[21]他试图从“中央人民政府”的地位中推导出保留给国务院的领导权,类似于外国法上区别于立法、行政、司法的执政或统治权。但正是《宪法》第89条第18项显示出国务院权限的有限性。该项规定,国务院行使“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权”。国务院并不享有明确列举之外的统治权,该统治权为全国人大及其常委会所享有,这也是中国宪法的特质之一。

[18] 许崇德:“宪法关于我国最高国家行政机关的发展变化”,《中学政治课教学》1983年第4期,第37页。

[19] 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社2010年第4版,第173页。

[20] 参见韩大元,见前注[9],第400—401页。

[21] 谢立斌,见前注[1],第107页。

还有一种可能更为准确的解释是“中央人民政府”仅指代表中华人民共和国的政府，可称为国家代表说。国家与政府是两个不同的概念。“中华人民共和国”是一个国家，有权代表这个国家的是“中央人民政府”。按照毛泽东的理解，“按照外国的习惯，一个国家只有一个政府”，“全国只有一个政府，即国务院”。〔22〕中央人民政府是国务院在总体上的概括性定位。在需要以国家的形式出面时，就由国务院来代表。在对外关系上，国务院代表国家对外行使一般缔约权就是在这一意义上的适用；在对内关系上，国务院代表国家要比仅与地方政府相对的含义要广，诸如国家所有权由国务院代表行使，也是在这一意义上的适用。目前的实定法仅在对外的国际层面上或带有外部因素考虑的层面上使用这一概念。使用现在意义上“中央人民政府”一词的法律只有五部：《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》《香港特别行政区驻军法》《澳门特别行政区驻军法》《缔结条约程序法》。《缔结条约程序法》仅一次出现该词，即“中华人民共和国国务院，即中央人民政府，同外国缔结条约和协定”（第3条）。至少从实定法的用法来看，使用“中央人民政府”就是在表达由国务院代表中华人民共和国的意思。

三、国务院作为最高国家权力机关的执行机关

在国务院的具体定位中，“最高国家权力机关的执行机关”是其首要定位。这一定位对于两个机关之间关系的处理具有重要的指引作用。

（一）执行的两阶段构造

通常理解的执行，就是将某事项的内容具体付诸实施、予以实现。具体实施或实现的事项可能是法规规定的内容，可能是权利主体决定的事项，也可能是法院判决的具体内容。但如果考察国外的理论和实践，就会发现执行有广义和狭义之分。例如，在洛克的政府理论中，国家权力被分成立法权、执行权和对外权。执行权就是负责执行被制定和继续有效的法律的经常存在的权力。〔23〕广义的执行权是与立法权、司法权相对的概念，意味着执行法律的国家统治权的权能，与行政权同义。美国《宪法》第2条第1款规定“the executive power”属于总统，它并不限于执行国会的法律。这里的“the executive power”通常译成“行政权”，但直译应是执行权。当然，也有很狭义的执行，区别于一般的行政权、行政部门，譬如行政决定的执行、判决的

〔22〕 韩大元，见前注〔9〕，第308页。

〔23〕 参见（英）洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第92页。其中，国家的最高权力是立法权，是至高无上的，因为它真实地代表着国家的统一的暴力，国家要想作为一个整体生存下去，只能有一个最高权力。因此，执行的权力只能是次级权力。参见（英）彼得·拉斯莱特：《洛克〈政府论〉导论》，冯克利译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第151—152页。至于为什么洛克没有提及司法权，是因为司法权不是一种分立的权力，而是国家的一种属性，把它与执行权、立法权并列是没有意义的。洛克承认司法权应当是中立而公正的、有声誉和权威的，仅此而已，不再要求其他的东西。拉斯莱特前揭书，第153页。

执行。广义的执行具有很强的政治性,而狭义的执行则具有技术性。

在我国宪法上,执行首先是体现着表达国家意志与执行国家意志的两阶段构造。它不同于更为宽泛的“遵守”或“实现”。在我国现行宪法上,“执行”一词共使用了14次。^[24]其中既有诸如执行逮捕决定的技术性执行,也有政治性的与立法权相对的执行。其使用的语境是一方作出决定、表达意志,另一方负责落实、执行意志,这就是典型的两阶段构造。其次,有国家意志的表达,才有国家意志的执行。没有国家意志的决定和表达,就没有执行可言。最后,国家意志为执行划定了目标和边界,但在此之外并不包含更多的含义。执行并不意味着仅为消极作用,执行者可以采取一定的手段保证执行,在不与既有法律抵触的前提下,执行机关对于如何执行享有一定的裁量权。

(二)“最高国家权力机关的执行机关”的体现与限度

国务院是最高国家权力机关的执行机关,是指它必须执行全国人大和全国人大常委会所通过的法律和决议。这也表明“从国务院与最高国家权力机关的关系来看,国务院处于从属的地位”。^[25]

对于国务院是“最高国家权力机关的执行机关”,有人认为,它是“一个机关是另一个机关的执行机关,而不是一种作用形式是另一种作用形式的执行”。^[26]但是,执行机关总是要以某种作用形式来体现出执行性。执行机关的地位具体体现为:①国务院由全国人大产生,并向全国人大及全国人大常委会负责和报告工作;②全国人大和全国人大常委会所制定的法律和通过的决议,有关国家行政工作部分国务院必须贯彻执行;③国务院的活动不能超出最高国家权力机关制定的宪法、法律所规定的职权范围。最高国家权力机关有权监督它的工作,全国人大常委会可以撤销国务院同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。国务院和最高国家权力机关的这种关系,体现了我国国家机构的民主集中制原则。^[27]在中央层面,国务院所属的行政机关也受全国人大监督,但通常是由国务院作为一个整体为其职能部门的行为向全国人大及其常委会负责的。实践中,也有过全国人大常委会直接向某个部委专题询问的做法,但现在一般是由国务院副总理或国务委员带领部委负责人前往应询。

宪法明确列举的国务院执行事项包括法律、国家的国民经济和社会发展规划、国家

[24] 与第85条“执行”一词内涵一致的是“地方各级国家权力机关的执行机关”(第105条第1款)。执行的对象包括各种守则、公约(第24条第1款)、批准逮捕或逮捕决定(第37条第2款)、国民经济和社会发展规划、预算(第62条第10项、第11项,第67条第5项,第89条第5项,第99条第2款)、宪法、法律、行政法规(第99条第1款、第140条)、本级人大的决议和上级国家行政机关的决定和命令(第107条第2款)、国家的法律、政策(第115条)。稍有模糊的用法是“执行职务”(第121条)。通常而言,职务包含职权和职责两个方面,如果从组织性法律保留的原理而言,职务的内容也不是自行确定的。故而,与前述的“执行”内涵大体一致。

[25] 韩大元,见前注[9],第401页。

[26] 黄宇晓,见前注[2],第58页。

[27] 参见吴杰等,见前注[15],第134页。

预算等。但这应是不完全列举,只要是全国人大及其常委会所表达的意志,无论是法律、计划、预算的形式体现出来,还是以决议、决定等其他形式体现出来,只要与行政相关、具有可执行的内容,国务院都要负责执行落实。国务院仅可与最高国家权力机关进行沟通,而不得拒不执行最高国家权力机关的决定,更不得拥有任何实质的反制措施。这是中国人大制度的特色之一。

在现实的政制运作中,国务院与最高国家权力机关之间存在一定的互动。“由于国务院领导和管理着国家的实际工作,所以事实上许多重大议案都由国务院向最高国家权力机关提出。但这并不影响国务院对最高国家权力机关的从属关系,因为国务院不能去做最高国家权力机关所不批准的事情。国务院受最高国家权力机关的监督,全国人民代表大会有权罢免国务院的组成人员。”〔28〕

国务院是最高国家权力机关的执行机关,并不意味着全国人大及其常委会是国务院的上级机关,可以对国务院作出具体的指挥命令。全国人大及其常委会以法律、规划、预算等方式表达意志,国务院则负责执行落实。全国人大及其常委会对此展开监督,但其监督限于合宪性和合法性,而不及于合目的性。在合法性之外,全国人大及其常委会固然可以问责国务院,但国务院可能承担政治责任,却并不应直接改变个案的处理结果。

四、国务院作为最高国家行政机关

国务院是最高国家行政机关,首先意味着国务院是国家行政机关,其次显示出国务院的最高性,亦即在国家行政机关体系中处于最高的领导地位。这也是《宪法》第85条中最为复杂的一个定位。

(一)国务院作为“国家行政机关”的权限

《宪法》第85条表明了国务院的国家行政机关属性,区别于国家权力机关、审判机关、检察机关等。在1954年宪法起草委员会第三次全体会议上,黄炎培曾说,国务院是执行机关,国家主席也是执行职务,用执行机关有点乱。田家英解释说,不仅主席是执行,法院、检察署也是全国人大的执行机关。正是这个缘故,下面规定“是国家最高行政机关”就必不可少。〔29〕国家行政机关的性质使国务院区别于其他国家机关。

对于行政的含义,理论上历来意见纷呈,有消极说或扣除说、形式说或机关样态说、积极说或实质说等论争。简单地说,消极说认为,行政是立法、司法之外的所有国家作用;形式说认为,行政是行政机关的所有活动;积极说认为,行政是实现国家目的的活动。

〔28〕 许崇德:《新宪法讲话》,浙江人民出版社1983年版,第142页。

〔29〕 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年第2版,第373页。

各种界定均存在一定的合理性和问题点。故而,德国行政法学家福斯特霍夫认为,行政只能描述,而不能界定。^[30]但从我国来说,对行政的消极说界定是不符合宪法规定的。根据《宪法》第89条第18项规定,国务院并不享有宪法明确授予国家权力机关、监察机关、审判机关、检察机关、军事机关权限之外的一切权力。国务院的职权来自于宪法和全国人大及其常委会的授予,这与过去君主时代或君主立宪制时代行政权自由具有根本差别。概括性权力仅为国家权力机关保有,而非国务院保有。也就是说,“行政”在我国宪法之下是集合性概念,而非概括性概念。

值得注意的是,我国宪法文本并未使用“行政权”的概念。行政权是从权力性质的实质角度来说的。在宪法文本中,使用了“国家立法权”(第58条)、“监察权”(第127条)、“审判权”(第131条)、“检察权”(第136条)的概念,唯独没有使用“行政权”的概念。国务院是最高国家行政机关,这是从机关样态而言的。《宪法》第85条并无国务院统辖行政权之意。由此而言,在我国现行宪法之下,“行政”更多地是采取机关样态说的形式界定,而非实质(因为很多其他国家机关其实也在行使行政权)、消极(因为行政权限的有限性和授予性)的界定。虽然这种界定以组织意义上的行政为前提,而哪些属于行政机关的难题已经由宪法明确,即国务院和地方各级人民政府,以及其领导的职能部门。

对于军事权是否为行政权、军事领导机关是否属于行政机关也有颇多争议。中央军委“领导全国武装力量”(第93条第1款)与国务院“领导和管理国防建设事业”(第89条第10项)之间是何种关系,也需要从军事机关的性质角度加以说明。1982年中共中央《关于宪法修改草案规定设立中央军事委员会的通知》指出,国务院仍将设立国防部,主管除国防工业生产以外的国防建设,包括国防预算、经费、编制、装备、补给、训练和军事制度建设等军政工作。而国防部的工作,实际上也将在党的中央军委直接领导下进行。^[31]不使用行政权的概念,就避免了军事权是否为行政权的纷争。

另外,理论界对于我国的检察机关及其权限的性质,在司法机关的定性之外,^[32]还有较多说法。一种观点认为,检察机关是行政机关,其权限属于行政权;^[33]另一种观点认为,检察机关是国家的法律监督机关,其权限属于法律监督权,与行政机关、行政权不同。^[34]但无论

[30] 参见(德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。

[31] 参见陈斯喜、刘松山:“宪法确立国家中央军事委员会的经过”,《法学》2001年第2期,第6页。

[32] 参见万毅:“检察权若干基本理论问题研究——返回检察理论研究的始点”,《政法论坛》2008年第3期,第94—96页。

[33] 参见郝银钟:“检察权质疑”,《中国人民大学学报》1999年第3期,第74—75页;陈卫东:“我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析”,《法学研究》2002年第2期,第3—7页。

[34] 参见石少侠:“论我国检察权的性质——定位于法律监督权的检察权”,《法制与社会发展》2005年第3期,第83—88页;韩大元:“关于检察机关性质的宪法文本解读”,《人民检察》2005年第7期,第14—15页;郑贤君:“论检察权与行政权的关系”,《河南社会科学》2011年第6期,第10—11页。

是持哪一种观点,他们都不认为,检察机关受国务院领导。这在《宪法》第136条、第137条已有明确规定,最高人民检察院是最高检察机关,领导地方各级检察院和专门检察院的工作。对于现今的监察机关也有类似的定性争议,^[35]但国家监察委不受国务院领导,也是《宪法》第125条、第127条第1款所明确肯定的。

现实中,其他国家机关也有可能实际行使行政权,并按照行政权予以规范。例如,法院收取诉讼费用,按照《国家发展改革委办公厅关于进一步做好诉讼收费管理工作的通知》^[36]的规定,应按规定到指定的价格主管部门办理《收费许可证》。国务院《诉讼费用交纳办法》第54条规定,价格主管部门、财政部门按照收费管理的职责分工,对诉讼费用进行管理和监督。这就将诉讼费用当作行政事业性收费来管理。但从理论上来说,诉讼费用属于司法制度的重要内容之一,关乎公民诉权的行使,其标准应当制定法律,其管理首先作为司法制度的一环来定位和规范。同样,人大常委会等机关的管理也应秉承此理,虽然也有行政管理的内容,但可将其作为人大制度之下来运作,而不是置于国务院的管理之下。

(二)国务院领导的国家机关性质

在宪法上,虽然明确被定性为“国家行政机关”的是国务院和地方各级人民政府(第85条、第105条第1款),但不能反推只有人民政府是国家行政机关。国家行政机关并不限于国务院和地方各级政府,还包括各级政府的职能部门。从规范上来说,受国务院领导的国家机关应是国家行政机关。稍微特别一点的是,《宪法》第86条及《国务院组织法》在国务院的组成上均未提及中国人民银行或中国人民银行行长,但它也是国家行政机关之一,同样接受国务院领导。《国务院关于中国人民银行专门行使中央银行职能的决定》规定:“中国人民银行是国务院领导和管理全国金融事业的国家机关。”^[37]《中国人民银行法》第2条也予以确认:“中国人民银行是中华人民共和国的中央银行”“中国人民银行在国务院领导下,制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定”。《中国人民银行职能配置、内设机构和人员编制规定》第2条进一步明确:“中国人民银行是国务院组成部门,为正部级。”这实际上也为国务院的组成增加了一种新的成员,即央行行长。

国务院领导的国家机关都是行政机关,但对于行政机关的行为,如何进行规范和救济,在制度设计上则有多种可能。针对行政机关的民事行为,可循民事诉讼来救济;针对行政机关的行政行为,可循行政诉讼、行政赔偿来救济;针对行政机关的刑事执法行为,可循刑事赔偿来救

[35] 相关讨论参见陈光中、邵俊:“我国监察体制改革若干问题思考”,《中国法学》2017年第4期,第23—36页;马岭:“监察委员会与其他国家机关的关系”,《法律科学》2017年6期,第41—49页;王希鹏:“国家监察权的属性”,《求索》2018年第4期,第128—135页;洪浩:“刑事诉讼视域下的国家监察机关:定位、性质及其权力配置”,《法学论坛》2019年第1期,第144—153页。

[36] 发改价格[2007]196号,2007年1月23日。

[37] 国发[1983]146号,1983年9月17日,《国务院公报》1983年第21号,第966页。

济。对于公安机关、监狱机关的性质,公安部、司法部都接受国务院领导,均应属于行政机关。但实务中常说其具有两种性质,一个是行政执法机关,一个是刑事执行机关。这种性质上的差异源自其行为所依据的法律的不同。^[38] 作为同样行使公权力的行为,是否有必要作出这样的区分,尚可思考。即使作出区分,也不影响对这种行为的监督和救济。诸如监狱的国家赔偿案件,如果不是行政赔偿,也应可以寻求刑事赔偿。^[39] 但有时制度上的罅隙也是存在的,例如刑事赔偿中存在结果责任,而行政赔偿仅为违法原则,对于无法证明行政违法性的损害结果,只能寻求行政补偿,但却未必能找到相应的法定依据。另外,对于诸如公立大学这样的非国家机关,即便由教育行政部门主管(并非领导),也不属于国家行政机关。^[40] 但不属于国家行政机关,未必就不能按照行政诉讼的渠道加以救济,我国《行政诉讼法》的被告也不限于国家行政机关,这需要从其权限或行为的性质来判断。

(三)接受国务院领导的国家行政机关

对于是否所有的国家行政机关都要接受国务院领导,从宪法的规定来看应作出肯定的回答。在中央层面,第89条第3项规定国务院“统一领导各部和各委员会的工作,并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作”。在地方层面,第89条第4项规定国务院“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作”;第110条第2款规定“全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院”。由此看来,全国的国家行政机关都要接受国务院的领导。设置脱离国务院领导的行政机关,或者说设立

[38] 根据2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第1条第2款第1项规定,公安、国家安全等机关的行为是否属于行政诉讼的受案范围,判断标准是有无刑事诉讼法的明确授权。在陈士华、胡银镛诉东阳市公安局公安行政通知及复议决定案中,原告认为,依据《宪法》第85条、第89条规定,由最高国家行政机关领导的部门,当然属于行政机关。所以,无论公安部还是各级公安机关都是行政机关。但二审法院认为,公安机关的本案行为均属于公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为情形,依法不属于人民法院行政诉讼受案范围。浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07行终482号行政裁定书,2018年12月25日。

[39] 在乔国艳、彭善富诉山东省北墅监狱行政赔偿案中,原告之子在监狱中自缢,原告请求赔偿。原告上诉认为,一审法院对监狱的国家机关属性定性不清。第一,依《宪法》第85、86条规定,国务院是最高国家行政机关;国务院由总理、副总理、各部部长等组成,因此,司法部是国家的行政机关。第二,依《监狱法》第10—12条规定,司法部主管全国的监狱工作,监狱的设置、撤销、迁移,由司法部批准,监狱的管理人员是人民警察;由此可见,监狱是国家的行政机关。二审法院认为,北墅监狱作为刑罚执行机关,其对犯罪人员的监管行为系执行刑罚行为,原审据此认为上诉人提起本案赔偿之诉不属于行政赔偿并无不当。上诉人如认为被上诉人应给予其国家赔偿,依法应根据《国家赔偿法》第三章“刑事赔偿”的有关规定程序主张权利。山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02行赔终5号行政赔偿裁定书,2018年11月15日。

[40] 在何志兰诉清华大学其他行政行为案中,原告认为,根据《宪法》第85条规定,最高国家行政机关国务院通过教育部管理清华大学,清华大学的行政权由《高等教育法》授予。清华大学的校园“管理”属于行政负责人校长的“管理”职权范围,是确凿无疑的行政行为。二审法院认为,清华大学不是行政机关,其校园管理行为亦不是行政行为,何志兰的起诉不属于行政诉讼受案范围。北京市第一中级人民法院(2019)京01行终489号行政裁定书,2019年4月26日。

独立于国务院的行政机关,是违反宪法的。国务院的这种领导权是实质性的,而非形式性的。领导的实质性是总理负责制的要求。国务院向全国人大及其常委会负责,这种责任是实质性的。惟有实质领导,才能实质负责。

根据十三届全国人大一次会议通过的《关于国务院机构改革方案的决定》和中共十九大三次会议通过的《关于深化党和国家机构改革的决定》《深化党和国家机构改革方案》,为了“建立健全党对重大工作的领导体制机制,更好发挥党的职能部门作用”,我国实行和推进“职责相近的党政机关合并设立或合署办公”的制度。如此,在中央层面的管理机关上就形成三类党政领导关系。第一,由国务院领导,属于国务院序列,接受中共中央某专门委员会的集中统一领导。这是国务院多数部委的管理关系;^[41]第二,由中共中央某部门领导,仍属于国务院序列。例如,将国家民族事务委员会归口中央统战部领导,国家民族事务委员会仍作为国务院组成部门;^[42]第三,由中共中央某部门领导,不再属于国务院序列。例如,将国家公务员局并入中央组织部,中央组织部对外保留国家公务员局牌子;将国家新闻出版广电总局的新闻出版管理职责、电影管理职责划入中央宣传部,中央宣传部对外分别加挂国家新闻出版署(国家版权局)、国家电影局牌子;将国家宗教事务局、国务院侨务办公室并入中央统战部,中央统战部对外保留国家宗教事务局、国务院侨务办公室牌子,等等。“这样,行政即不限于国家行政机关的行政,而包括执政党的机关实施的部分国家行政。”^[43]这些机关如果不在实质上受国务院领导,自然国务院也就无从对其行为向最高国家权力机关负责,最高国家权力机关对这些机关的行为自然也无从监督。对于这些机关与国务院的最高国家行政机关、最高国家权力机关的执行机关地位的冲突,如何从宪法规范上给出合理的解释,将是一个重大课题。从“党必须在宪法和法律的范围内活动”的要求出发,“既然宪法规定总理全面领导国务院工作并代表国务院对全国人大及其常委会负责,那么党政合并合署后的新机关应继续接受国务院的领导”。^[44]对

[41] 早在1958年6月10日,中共中央就成立了财经、政法、外事、科学、文教小组,形成了中共中央对国务院系统的领导机制。《中共中央关于成立财经、政法、外事、科学、文教各小组的通知》(1958年6月10日)指出:“这些小组是党中央的,直隶中央政治局和书记处,向它们直接做报告。大政方针在政治局,具体部署在书记处。只有一个‘政治设计院’,没有两个‘政治设计院’。大政方针和具体部署,都是一元化,党政不分。具体执行和细节决策属政府机构及其党组。对大政方针和具体部署,政府机构及其党组有建议之权,但决定权在党中央。政府机构及其党组和党中央一同有检查之权。”1958年6月8日毛泽东给通知稿提出审阅修改意见之后,6月9日周恩来提出继续担任国务院总理是否适当的问题,中共中央政治局常委会议认为,“应当继续担任现任的工作,没有必要加以改变”。参见《毛泽东年谱(一九四九—一九七六)》(第3卷),中央文献出版社2013年版,第368页。自此也就确立了中共中央与国务院的决策与执行关系。

[42] 《中共中央办公厅 国务院办公厅关于调整国家民族事务委员会“三定”规定的通知》(2018年7月29日)指出:“国家民族事务委员会的机构定性调整为‘国家民族事务委员会是国务院组成部门,为正部级,归口中央统战部领导’。”

[43] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年第7版,第5页。

[44] 陈征:“党政机关合并合署与行政活动的合法化水平”,《法学评论》2019年第3期,第36页。

于不受国务院领导的机关,不应当作为国家行政机关来对待,在法律、法规有授权时,可按照法律法规授权的组织来处理。

地方甚至是基层的行政机关也受国务院实际领导吗?对于最高国家行政机关的“最高”,存在两种理解。其一是地位的最高,这也是通说;其二是事务的最高。胡锦涛认为,国务院作为我国行政机关中地位最高的行政机关,并不管理全国范围内所有的行政事务,只管理着全国范围内的最重要和最主要的行政事务,同时,它领导、指导和监督其他行政机关的行政管理活动。^[45]与其他观点强调行政系统内部地位的最高性不同,其着重强调的是国务院所辖行政事务的“最高”性。但是,地位的最高性并不当然意味着国务院不能直接管理基层或琐碎的行政事务。所有行政机关都服从国务院,表明国务院也有权直接指挥处理基层的行政事务,只是基于国务院的事务繁多、地方各级国家行政机关的职权法定、代替执行会妨碍地方的积极性、地方国家行政机关更易于了解实情等等考虑,国务院一般不直接处理地方上或者琐碎细小的行政事务。

国务院作为最高国家行政机关,体现在国务院领导所有行政机关,国务院有权在宪法和法律规定的权限范围内以制定行政法规、发布命令等方式决定行政系统内的事项,国务院还具有政策形成功能,不仅可以形成行政系统的政策,还可以通过积极向全国人大及其常委会提交议案和建议等方式参与国家大政方针的形成。

五、国务院两种具体定位的相互关系

确定国务院的宪法地位,很大程度上就是要处理国务院作为最高国家行政机关的定位与作为最高国家权力机关的执行机关的定位之间的关系。这一关系的解明,直接关涉国务院的权限范围。

(一)行政与执行

行政与执行的关系较为复杂,原因在于两者并无清晰的内涵。行政对应的英文是“administrative”,执行对应的英文是“executive”。有学者指出,“‘executive’不等于‘administrative’,前者的主要内涵是执行,当它执行的是主权权力之时,应翻译为执政权,是指一种更为广泛、全面以及核心的领导权,当它执行的是议会立法时,应翻译为执行(法)权,与后者有一定程度的重叠。后者的意涵是行政管理权,指的是基于社会和国家管理的需要授予特定机构的具体权力。执政权深深地植根于自古罗马以降的法律和政治传统,是三权分立学说和现代政法实践

[45] 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2016年第3版,第354页。

中的重要一环;后者则是近代早期由启蒙思想家建构而来的概念”。〔46〕但如前所述,在我国现行宪法之下,执行并无执政之意。

对于行政与执行的关系,一种观点认为行政是指国家意志的执行。这是以政治与行政二分说为基础的。古德诺认为政治是国家意志的表达,行政是国家意志的执行。制定政策是政治,执行政策是行政,政治与行政应分立。〔47〕罗豪才认为这种见解有其一定的道理,但不能绝对化。相对于国家权力机关,说行政是国家意志的执行,这是对的。但在行政活动范围内,行政可以说既是国家意志的执行,也是国家意志的表达。因为不同等级的行政机关,都有决策活动,只是决策的层次、范围、效力等级有所不同罢了,我们不能说行政决策不是国家意志的表达。〔48〕

一种观点是行政包含执行的部分,在执行之外,还有管理的内容。姜明安认为任何组织(包括国家)都必须有相应的机构和人员行使执行、管理职能(行政职能)。“执行”和“管理”并没有截然区分,而只是相对于不同的事物而言。执行是相对于“决策”而言的,决策是确定组织的目标、纲领和行动方案。管理是相对于“运作”而言的,运作是组织为生存、发展进行的各种活动,管理则是为保障运作符合决策所确定的目标、纲领、方案而对运作进行的规划、指挥、组织、协调、控制等。〔49〕

另一种观点是行政不同于执行。马岭认为执行与行政存在于不同的关系之中。强调政府是执行机关,是为了明确政府与议会之间的关系;而强调政府是行政机关,既体现着作为管理者的政府与被管理者之间的关系,也是强调它与其他国家机关之间的不同。执行具有一定的从属性,行政具有一定的独立性。对于行政与执行的关系,执行是行政的前提,没有执行性做前提,行政性很可能走向专制,从这个意义上说,政府首先是议会的执行机关。面对议会的法律,政府首先是执行,但在执行中也往往涉及行政管理。在行政管理中,政府权力存在更多的空间,具有决定权的自主性质。政府在执行议会的决定时往往伴随着相关法律法规的约束。行政与执行很难截然分开,它们集于政府一身。〔50〕这一比较对于明确行政与执行的关系颇具启发意义。

针对我国宪法上的行政与执行,许崇德认为,“一般地说,执行(executive)和行政(admin-

〔46〕 张龔、叶一舟:“从‘executive’一词看香港行政长官的法律地位”,《港澳研究》2016年第2期,第22页。

〔47〕 参见(美)F·J·古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第12—13页。

〔48〕 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第2页。

〔49〕 参见姜明安,见前注〔43〕,第1页。在1954年宪法起草过程中,是使用“管理”还是“行政”来定性国务院的功能,曾有争议。起初使用的是“国家最高管理机关”的表述。但在宪法起草委员会第三次全体会议上,刘少奇提出:“是用‘行政’两字,还是‘管理’两字?‘管理’用得很多,各部的管理局很多。‘行政’两字和别的不混同,就改为‘行政’吧!”经讨论,大家同意将宪法草案的表述修改为:“中华人民共和国国务院……是国家最高行政机关。”韩大元,见前注〔9〕,第279页。

〔50〕 参见马岭:《宪法权力解读》,北京大学出版社2013年版,第248页以下。

istrative)往往是国务院工作的同一个过程,而且二者的性质基本相同,但毕竟存在一定的差别。执行是指国务院把最高国家权力机关已经通过的法律和决议付诸实施,行政则指国务院的工作在性质上既不同于国家立法,也不是审判或者检察,而是对国家事务进行行政管理。国务院无论在执行过程中还是在对国家事务的行政管理过程中,都有权作出行政决策和规定行政措施”。“国务院制定行政法规、决定和命令是行使行政权,不是国家立法活动,不是行使国家立法权。”“经全国人民代表大会授权,国务院可以制定暂行的规定或者条例,但这并不改变国务院是国家行政机关的性质。”^[51]作为宪法草案第三章的参与起草者,许崇德强调了国务院执行与行政的一致性,国务院即便是立法,也是置于“行政”的项下来认识。

行政与执行只有在一定的关系中才能得到理解和运用。相对而言,“执行”更具有确定性,而这正是全国人大与国务院之间关系的重要关键词。

(二)两种定位相互关系的可能解释

回到《宪法》第85条来说,对于最高国家权力机关的执行机关与最高国家行政机关两种定位之间的关系,可以有三种解读:

第一,国务院只是最高国家权力机关的执行机关,在执行机关的定位之下,国务院相对于其他行政机关而言是最高国家行政机关。田家英在1954年宪法起草时曾指出,管理机关在苏联和新民主主义国家中有两种提法,一是管理机关,一是执行和命令机关。从实质上来说都是权力机关的执行机关,也就是政府。这样职权分清了,但也不影响它成为人民代表大会制的政府,因为国务院对下级管理机关是号令机关,对全国人大则是执行机关,是在全国人大所规定的范围之内来发号施令的,和全国人大是分不开的。^[52]这种解读是较为绝对的,国务院纯粹是全国人大及其常委会的执行机关,只有等待全国人大及其常委会作出某种决定,才能有国务院出场的机会。这种严格限制国务院权限的解读既不符合宪法文义,也无助于发挥国务院的功能。

第二,国务院是最高国家权力机关的执行机关,同时也是最高国家行政机关,赋予国务院一定自主权限是可能的。例如,门中敬认为,在现行宪法架构下,立法与行政之间并非完全依附关系,而是分工与协作的关系。其重要根据在于,1982年宪法并未将立法权全部赋予全国人大及其常务委员会,而是赋予了国务院一定的行政规范制定权的自主空间。虽然国务院在性质上属于“执行机关”,但在职能上它并非绝对意义上的“执行机关”,而是“执行机关”(即具体化法律或具体执行法律)和享有一定自主立法权限的“行政机关”。^[53]但这种对性质定位和职能定位的区分似乎难以实现,性质定位只是职能的综合体现。

第三,国务院是最高国家权力机关的执行机关,同时也是最高国家行政机关,在并非执行

[51] 参见许崇德,见前注[19],第174、175页。

[52] 参见韩大元,见前注[9],第99页。

[53] 参见门中敬:“国务院在行政与立法关系中的职能定位——以行政保留为理论分析的视角”,《湖北社会科学》2016年第10期,第154页以下。

的领域,国务院为行使《宪法》第89条所赋予的职权,可以有一定的自主空间。《宪法》第85条规定中的国务院双重定位,也就是在首先应当由最高国家权力机关表达意志的领域,国务院仅为执行意志的机关;在其他领域,国务院的最高国家行政机关定位可以有更多的体现,但仍然要接受最高国家权力机关的监督。应当说,这种定位关系是较为妥当的可行立场,既符合我国的政体,又符合国务院在宪法中的权限,也能给中国这样一个大国对行政权限的惯有现实需求留有一定余地。

(三)两种定位相互关系的思考框架

这里需要划定执行的领域与执行之外的领域。根据全国人大的地位,首先应当确定由最高国家权力机关表达意志、作出决定的领域,而不是先确定国务院的行政领域。根据《宪法》第89条第18项的规定,国务院的其他职权只能由最高国家权力机关授予。在执行的领域之外,国务院可能存在的行政空间应限于为了执行《宪法》第89条前十七项职权和最高国家权力机关授予的其他职权而采取一定的措施。毋庸置疑,这种执行领域的确定也充满争议,通过某一个标准一揽子解决的办法不切实际,需要分门别类地具体探讨。这里可以从两对范畴中提示分析思路和建构思考框架。

一对范畴是国务院的内部关系与外部关系。内部关系体现为国务院在国家组织法领域的关系,外部关系体现为国务院与社会主体之间的行政活动法关系。这两种关系所适用的原理是不同的,需要分别探讨。在组织法关系上,具体又可以分为国务院和其他类型的国家机关之间的关系与国务院系统之内的关系。不同类型国家机关之间关系的基本原则已由宪法设定,具体关系的调整权限在于全国人大及其常委会,国务院是被调整的对象。国务院不可以管理人、财、物的方式将其他系统的事务纳入自己的管辖范围。对于行政机关系统的内部关系,国务院作为最高国家行政机关,可在民主集中制原则下为确保行政一体性而发挥一定的作用。在国务院的组织设置上,《宪法》第86条第3款规定,“国务院的组织由法律规定”。这就确立了国务院组织的法律保留,国务院的组织事项便要执行法律。但法律对组织事项规定到何种程度,并不清晰,学界也缺乏相应的研究。目前,仅有《国务院组织法》11条内容,对国务院的领导体制、职权、会议形式、国务院部委的组成、领导体制、与国务院的关系等作出原则规定。对于内部的自我监督,《宪法》第91条第2款规定,审计机关“依照法律规定独立行使审计监督权”,目前已制定《审计法》。在组织事项上,法律的规范强度需要考虑民主性、政治性和技术性、效率性的权衡,国务院在一定程度上仍有组织设置的自主性。对于行政机关系统的关系如何调整、行政机关的内部机构如何设置,法律可以设置相当于规制规范的一般性规则,国务院可以发挥其行政经验和专业优势,在不违反法律的情况下享有一定的调整和设置权限。

另一对范畴是在外部关系中国务院的立法和个别行为。在立法领域,对于行政法规的制定权存在依据说和职权说的争论。依据说认为,国务院必须根据宪法和法律制定行政法规,而不得创制规范,凡一般性规范均出自于法律;职权说则主张在最高国家权力机关与国务院之间

进行分工,没有法律的根据,国务院也可以在《宪法》第 89 条的职权范围内制定行政法规。在确定国务院行政法规的空间时,需要考虑国家立法权的专属性、国务院的民主正当性、国务院在权力事项上的执行性、以及宪法根据的原则性等因素。行政立法显然属于权力事项,应属于执行领域,以法律为根据或得到法律授权为宜。^[54]而在个别行为领域,国务院与全国人大的关系体现为法律保留的范围问题,理论上存在侵害保留说、全部保留说、重要事项保留说等观点。属于法律保留事项的,国务院处于执行的地位;对于其他事项,国务院就具有一定的自主性,仅不违反法律即可。在确定法律保留的范围时,应当考虑立法与行政的关系、基本权利的类型以及国家任务等因素。从我国《宪法》第 89 条来看,我国的法律保留范围与权力保留说更具有亲和性,即凡权力性行为,应有法律的授权。但从目前的现实来看,对于行政的个别活动,除了对人身自由的限制、财产权的征收征用实行了法律保留外,主要还是限于侵害公民合法权益、增加公民义务的行为,要求具有法律、法规、规章的依据,这与法律保留的要求还相去甚远。这将是我国法治国家建设的重点领域。

当然,即便是在执行领域,国务院仍可在执行的框架下发挥其最高国家行政机关的作用。因为法律所设定的是框架性的秩序,仍有多种执行方式的可能性。国务院可以在多种执行方式中结合政策考量,选择适当的方式贯彻执行法律的意旨。

六、结 语

《宪法》第 85 条对国务院地位的规定包含着丰富的内涵,对《宪法》第三章第三节也有统摄作用。国务院作为中央人民政府,这是一个概括性的宪法地位,在国家与国务院的关系上,国务院有权对内对外代表国家。在具体的机关之间的关系上,首先是与最高国家权力机关的关系。国务院是其执行机关,负责执行全国人大及其常委会的法律和决议等,向人大负责,并受其监督。国务院即便对全国人大及其常委会的决定有意见,也只能通过建议、提案等方式进行沟通,而不得有任何实质的反制措施或拒不执行。在行政系统内部,国务院是最高国家行政机关,行使行政权,领导全国的行政机关。国务院的权限来自于宪法和全国人大及其常委会的授予,并无概括性的权限,没有无限制即自由的空间。行政机关也仅从机关样态而非权限的实质来界定。所有的行政机关接受国务院领导,而且应是实质性的领导,这是总理负责制的要求。为了理顺执行与行政的关系,首先要确定应当由最高国家权力机关表达意志或作出决定的领域有哪些,属于该领域的事项,国务院只能在该意志表达之后负责执行,对于不属于该领域的事项,国务院可以为履行宪法职权和最高国家权力机关的授权而采取一定的措施。确定国务院的宪法地位,就是在整个国家机构体系中给国务院以适当定位,为适当配置国务院的权限提

[54] 参见王贵松:“论法律的法规创造力”,《中国法学》2017 年第 1 期,第 120—125 页。

供指引。在此指引下,应贯彻最高国家行政机关的地位要求,适时修改《国务院组织法》,为充分保障国务院地位、明确国务院权限边界提供规范根据;应及时落实最高国家权力机关的执行机关的地位要求,在行政活动法上确保法律的法规创造力、法律保留原则的实现。如此,《宪法》第85条将真正得到落实,法治国家的建设也将在重点领域得到推进。

Abstract: The constitutional status of the State Council was formed from the Constitution of 1954 and is also reflected in the Article 85 of the current Constitution. The Central People's Government of China is the recapitulative status of the State Council. Therefore, the State Council represents the People's Republic of China, but the general sovereignty of the State Council is not derived from the term "Central People's Government". As the executive department of the highest authority, the State Council is responsible for enforcing the will of the highest authority and is under the scrutiny of the highest power department without any substantive countermeasures. However, it does not mean that the NPC is the superior of the State Council. As the highest organ of state administration, the State Council exercise the executive power of the state, but not all executive powers reside in the State Council. State organs which are led by the State Council are administrative agencies, as all agencies have to accept the leadership from the State Council substantially. Since the power of the State Council is derived from the Constitution and the NPC and its Standing Committee, the "administration" could only be a collective concept and is not suitable to adopt the negative concept of the "administration". In the relationship between the executive department of the highest power department and the highest organ of state administration, the domain ruled by the highest power department should be identified first, while the State Council has a certain degree of freedom in non-executive affairs. Clarifying the constitutional status of the State Council is helpful to make the jurisdiction of the State Council clear, though it may not illustrate the State Council's all specific powers.

Key Words: State Power System; Central People's Government; Administration; Executive; State Administrative Organization

(责任编辑:彭 鐸)