

论国务院的职权立法权

谢立斌

【摘要】国务院在多大程度上具有职权立法权?学界就宪法第89条国务院“根据宪法和法律”制定行政法规的表述,提出了依据说、授权说和职权说等三种代表性观点,相关理论和实务争议陷入了僵持状态。解决这个问题可以另辟蹊径,不笼统探讨国务院的职权立法权,而是分别研究国务院在多大限度内能够自主制定执行性立法和创制性立法。就执行性立法的制定权而言,对法律进行具体化、并对执法所涉及的行政组织和程序予以规范,为行政权的固有内容,国务院制定执行性立法具有充分宪法依据。就创制性立法的制定权而言,固然人民代表大会制要求全国人大及其常委会的立法权占有主导地位,然而,分析现行宪法分散配置立法权的总体思路、对规范国务院地位和职权的宪法条款和《立法法》所确立的法律保留制度可知,国务院具有制定创制性立法的一定权限。

【关键词】国务院;职权立法权;执行性立法;创制性立法

【作者简介】谢立斌,法学博士,中国政法大学中德法学院教授,博士生导师。

【原文出处】《政法论坛》(京),2018.6.100~109

【基金项目】本文系2015年教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“立法权的科学配置”(项目批准号:15JJD820001)的阶段性研究成果,中国政法大学法学院“中国特色社会主义法治理论与中国宪法发展”课题阶段性成果。

一、行政立法扩张趋势下的国务院职权立法权

从20世纪八十年代开始,我国行政立法呈现明显的扩张趋势。到九十年代,行政立法已经实现几何数字的增长^[1],导致了一定的立法无序现象^{[2](P.180)}。《立法法》的制定是规范行政立法的有利契机,但《立法法》于2000年生效后情况并没有得到根本改观。甚至,《立法法》通过扩大规章制定主体范围^①等方式反而进一步推动了行政立法的扩张。行政立法的膨胀在一定程度上助长了部门利益和地方利益合法化、制度化,使得立法权和司法权对行政权的监督进一步虚化,同时也挤占了国家立法权的空间^[3]。在行政立法中,行政法规在全国范围内适用,在位阶上仅低于法律,在数量上远远多于法律,能够对法律的地

位构成挑战。明确国务院的行政立法权,合理限定国务院和国家立法机关之间的立法权限划分,有利于保障行政立法活动规范有序、维护立法机关的地位。国务院所制定的行政法规,既包括根据全国人大及其常委会授权进行的立法(授权立法),又包括直接依据宪法和组织法赋予的职权制定的立法(职权立法)^②。授权立法依赖于国家立法者授权,天然受立法者控制。相比之下,国务院的职权立法所受监督强度较低。国务院立法对国家立法权的可能挑战,主要来自其职权立法。有鉴于此,本文尝试合理界定国务院职权立法权的范围。

学界研究国务院立法权时通常将注意力集中在宪法第89条国务院“根据宪法和法律”制定行政法规

的表述,形成了三种代表性观点。^③“依据说”^④将这一规定理解为国务院应当“根据宪法和法律的具体规定”制定行政法规,因此,国务院只可以为了执行已有法律而制定行政法规,即可以依职权制定执行性立法,不得制定创制性立法;根据“授权说”^⑤,国务院“根据宪法或者法律的授权”制定行政法规,即国务院得到立法者授权之后才能够制定执行性立法和创制性立法;按照“职权说”^⑥,这一措辞应当解释为“根据宪法和法律规定的国务院的职权”,即国务院可以依据宪法和组织法所赋予的职权,制定包括执行性立法和创制性立法,尤其是可以制定创制性立法。^⑦对“根据宪法和法律”作出的这三种甚至更多不同解释^⑧,看似都有一定的说服力,但有关学者并没有对其观点提出充分的论证,因此,也无法通过对其论证过程的考察来辨析有关观点是否正确。不考察论证、只关注观点本身,则停留在“公说公有理婆说婆有理”的僵局,无法令人信服地界定国务院的立法权范围。为此,下文换一个思路,不拘泥于宪法第89条中国国务院“根据宪法和法律”制定行政法规的表述,而是从各个可能角度探讨国务院在未经立法者授权之下的立法权。鉴于国务院的立法分为执行性立法和创制性立法,我们分别讨论国务院在未经立法者授权的情况下,在何种程度上享有制定执行性立法和创制性立法的权限。

二、国务院制定执行性立法的权限

在未经授权的情况下,国务院是否可以依职权制定执行性立法?从1982年宪法制定以来,这个问题就存在争议。全国人大于2000年制定、2015年修改《立法法》,都没有正面明确这个问题。^⑨学术界同时存在肯定和否定观点。下文先对否定观点进行考察。

(一)对否定观点的辨析

“依据说”和“职权说”都肯定国务院无须立法者授权即可制定执行性行政法规。与此不同,“授权说”主张国务院制定行政法规需要法律授权。主张授权说的学者中,持有两种观点。一是不区分执行性立法和创制性立法,认为国务院制定所有行政法

规都需要立法者的授权。按照这种观点,国务院制定执行性行政法规,以立法者授权为前提。^⑩二是肯定国务院在未经特别授权的情况下有权制定执行性立法,但只能在获得立法者授权时才可以制定创设性立法。下文针对授权说的第一种观点进行辨析。

初步看来,实践中法律条文往往规定国务院制定实施条例或实施细则,这似乎说明国务院获得法律授权才能够制定执行性立法。迄今为止,国务院根据此类法律条文,制定了一系列执行性立法。例如,根据《标准化法》第25条中“本法实施条例由国务院制定”的规定,国务院制定了《标准化法实施条例》;根据《矿产资源法》第52条“本法实施细则由国务院制定”的规定,国务院制定了《矿产资源法实施细则》;根据《税收征收管理法》第93条“国务院根据本法制定实施细则”的规定,国务院制定了《税收征收管理法实施细则》。这些立法实践似乎说明,国务院并没有制定执行性立法的固有权力,否则立法者无须在相关法律中明确规定国务院制定实施条例。根据法无授权不得为的原理,在立法者没有作出这些规定的时候,国务院自然就无权制定法律的实施条例。然而,这种看法并不全面。实践中国务院除了根据法律的明确规定制定实施条例以外,也在相应法律没有作出规定的时候制定大量执行性立法。例如,虽然《道路交通安全法》和《土地管理法》都没有明文规定国务院制定实施条例,国务院都分别制定了《道路交通安全法实施条例》和《土地管理法实施条例》。这就说明,无论法律条文中是否作出特别规定,国务院都有权制定相应的执行性立法,否则就无法解释为什么国务院在相关法律没有作出规定时也制定实施条例。因此,法律条文中关于国务院制定实施条例的规定,并不是对国务院的授权,而是对国务院设定的制定执行性立法的义务。也就是说,国务院本来就有权制定或者不制定执行性立法,无须立法者授权。立法者有时候在法律中直接规定国务院制定执行性立法,是因为立法者认为国务院应当进行相应立法,因此直接在法律条文中作出义务性规定,以免国务院基于自由裁量怠于立法^[5](P.94-95)]。

此外,国务院只能根据授权进行行政立法的观点,似乎能够在比较法上得到印证。在一些西方国家,行政部门只能根据议会授权进行立法。例如,根据议会主权原则,英国行政部门只能根据议会的授权制定授权立法(delegated legislation),无权自主立法;在德国,根据《基本法》第80条,只有获得了联邦议会的授权,联邦政府和联邦部长才可以制定法规命令(Rechtsverordnung)。英国和德国都是议会内阁制国家,其政权组织形式的特点是议会占有主导地位,行政部门向议会负责。由此,似乎可以得出行政部门不得未经授权而制定立法的普遍规律。然而,这一推理存在一些漏洞。第一,从比较法角度来看,行政立法以授权为前提并放之四海而皆准的普遍规律,也有一些国家的行政部门并不向议会负责,能够就法律的执行而制定行政立法,甚至有进行创制性立法的权限。例如,美国“三权分立”的宪法架构之下,总统和国会分别由选民选举产生,一定程度上平起平坐。在国会立法程序中,总统虽然不在积极意义上分享国会的立法权,但是享有否决权,从而享有消极意义上的立法权。此外,根据美国最高法院在Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer案^①中确立的规则,总统可以为了促进法律的实施而制定行政命令(executive orders),对法律进行解释。在法国,行政部门享有广泛的立法权。根据第五共和国宪法,议会和行政部门对不同事项分别享有立法权,立法机关只对法国宪法第34条明确规定的事项制定法律,根据法国宪法第47条第1款,在法律范围以外的其他事项,都由行政部门通过条例予以规范,议会不得染指。由此可见,不同国家的宪法体制下,行政部门在不同程度上享有行政立法权,并非都需要立法者授权。第二,即便我们承认我国的人民代表大会制和英国、德国的议会内阁制度存在更多共同点,与美国的总统制、法国的半总统制宪法体制存在更大区别,也不应当照搬英国宪法和德国宪法上的结论。归根到底,比较法上的考察,参考意义有限。不同国家制度安排各不相同,英国和德国不承认行政部门有权自主立法,美国总统有权制定行政命令以促进

法律实施,法国行政部门则可以对法律保留之外的事项进行排他性规范,这些不同的制度实践只是为探讨我国国务院的行政立法权提供了一个可能的方向。我国宪法上立法部门和行政部门之间的立法权限分配,固然可以参考国外的制度和实践,但归根到底取决于我国的宪法体制。

总而言之,只有经过立法者授权国务院才可以制定执行性立法的观点,不具有充分说服力。

(二)国务院制定执行性立法的宪法依据

国务院是否可以在未经授权的情况下制定执行性立法,下文从正面予以探讨,考察是否存在支持这一权限的充分理由。执行性立法主要包括两类规范,一类规范对法律规范的事实要件和法律后果作出更为详尽的规定,即对实体法律规定进行具体化,还有一类则规范行政组织和行政程序,明确哪些行政主体按照何种程序执行有关法律。国务院有无制定执行性立法的职权,取决于国务院是否有权在这两个方面作出决断。

1. 对法律进行具体化的权限

和所有法律规范一样,行政机关执行的法律规范可以分解为事实要件和法律后果两个部分。在有关事实要件成立的情况下,产生相应的法律后果。个人基于趋利避害的理性选择,采取相应行为,使得有利或者不利的法律后果所需事实要件成立或者不成立,法律规范调整行为的目的,也就得以实现。例如,《行政许可法》第38条规定:“申请人的申请符合法定条件、标准的,行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。”事实要件是“申请人的申请符合法定条件、标准”,相应的法律后果是“行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定”。希望获得行政许可的行政相对人,可以通过自己的努力,使自己的申请符合法定条件和标准;又如,《治安管理处罚法》第43条规定,殴打他人的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款。相关事实要件是殴打他人,法律后果则是处以相应的处罚。为了避免这种不利的法律后果,理性的做法是不从事违法行为,从而使得有关事实要件不成立,不触发

相应的法律责任。

在执法活动中,行政机关面临的常见困难是法律对事实要件和法律后果的规定不够明确。在事实要件部分,立法者往往采用不确定法律概念,即在特定时间和空间上无法准确划定其外延的概念。^①立法者使用不确定法律概念,可能有多种原因:一些情况下,根本不存在内涵和外延都确定的概念供立法者使用。比较典型的情况,是某一事物出现的时间不长,还处于发展变化之中,没有稳定下来,立法者无法使用确定的概念进行规范;另外一些情况下,立法者有意使用抽象的表述,以便执法机关在实践中具体情况具体分析,追求个案正义;有时立法者有意使用不确定法律概念,则是为了保持有关规范的开放性,使得将来的新情况也能够纳入法律的适用范围。^②立法者除了在事实要件部分使用不确定法律概念以外,也往往在设定法律后果时赋予行政机关裁量权,使得行政机关可以在多种处理方式之间进行选择。只要行政机关行使裁量权没有瑕疵,在法律允许的范围内设定法律后果,有关行政行为就是合法的。例如,法律对行政违法行为规定一定幅度内的罚款,行政机关在上限和下限之间根据个案情况决定罚款数额,都符合法律规定。

事实要件和法律后果的不确定性给行政执法带来了困难,但行政机关不得以此为由拒绝执法,而是必须对不确定法律概念作出解释,就如何行使自由裁量作出决断,在此基础上将抽象法律规范适用于具体案件事实。在这种意义上,对事实要件部分的不确定法律概念进行解释、在设定法律后果时行使自由裁量,是行政执法权的内在组成部分。行政机关不仅有权、也有义务对所执行的法律进行具体化。不同行政机关往往对同一个不确定法律概念作出不同的解释,以不同方式行使自由裁量,从而影响法制统一。对于这一挑战,我国宪法规定了解决机制。宪法第110条第2款规定:“地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作。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。”宪法这一规定确立了行政系统

内下级服从上级、所有国家行政机关服从国务院的组织原则,因此,上级行政机关对法律作出的具体化,下级行政机关应当服从;国务院作为最高国家行政机关,拥有最高的执法权,其对法律的具体化,在全国行政系统范围内具有最高效力。国务院对有关法律进行具体化时,既可以针对个案向有关行政机关作出指示,也可以通过抽象方式如制定行政法规,对有待行政机关执行的法律进行具体化,在全国范围内规范行政执法行为,维护法制统一。

总而言之,对行政机关所执行法律的事实要件部分作出解释、对如何行使自由裁量作出决断,是行政执法过程中的一个组成环节,行政机关的执法权就包含了对法律进行具体化的职权。国务院统一领导全国范围内的行政机关,具有最高的执法权,有权在行政法规中对行政机关所执行法律进行具体化。

2. 规范行政组织与程序的权限

国务院制定的实施条例不仅对法律作出具体化,也往往对行政组织和程序问题作出规范。就这些规范而言,国务院是否有制定执行性立法的权限,取决于国务院是否有权规范法律执行所涉及的行政组织和程序问题。下文对此展开探讨。

为了保障法律得到执行,需要明确由哪些行政机关来承担执法任务。理论上,既可以由现有行政机关来执行法律,也可以为此设立新的行政机关。国务院是否有权在执行性立法中作出此类规定,在实体上取决于国务院是否享有相应的组织权限。我国宪法和法律对国务院的行政组织权作出了一些规定。根据宪法第89条,国务院“规定各部和各委员会的任务和职责”,“规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”,“批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分”。在法律层面,《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,由总理提出、由全国人大决定;在全国人大闭会期间,由全国人大常委会决定。《国务院组织法》第11条规定,国务院可以设立直属机构和办事机构,无须由全国人大或其常委会决定。从宪法和法律的这些规定来看,国务院虽然不

能自行决定各部、各委员会的设立、撤销和合并,不能决定省、自治区、直辖市的建置,但除此以外享有较宽泛的行政组织权,可以规定各部、委员会的任务和职责,可以规定中央和地方的国家行政机关的职权的划分,可以批准省级以下的行政区域建置,还可以直接设立直属机构和办事机构。此外,就中央层面的行政组织权而言,既然《国务院组织法》第11条允许国务院设立具有正部级或者副部级的直属机构和办事机构,说明国务院在中央层面享有广泛的行政组织权限,应当肯定国务院可以决定各部、各委员会内部的机构设置。在地方层面,既然国务院有权批准省级以下自治州、县、自治县、市的建置,这说明国务院在地方层面也享有高度行政组织权,可以在地方各级设立行政机关。国务院在地方设立行政机关的权力,也得到了立法者的确认。在实践中,国务院行使这一权力,设立了省以下税务局的稽查局等行政机关。^⑩总而言之,根据宪法第89条、《国务院组织法》第8条、第11条的明文规定以及对这些条款进行的适当解释,无论是在中央和地方层面,国务院都享有较为宽泛的行政组织权。国务院在执行性行政立法中根据执行法律的需要设立、撤销、合并行政机关,具有充分的宪法和法律依据。

明确了由哪个行政机关执行法律之后,还需要规范执法所适用的程序。实践中,国务院经常在法律规定的框架内、或者在有关法律没有对程序作出规定的情况下,通过实施条例对行政执法程序作出具体规定。相关程序规定的正当性,取决于国务院是否有权对行政执法程序进行规范。在立法者规定由行政机关执行法律的情况下,既然行政机关承担了执行法律的职责,那么,在法律对行政执法程序没有作出规定或者有关规定较抽象的情况下,行政机关不得以此为由推卸其执法职责,有权也有义务对关于行政程序的抽象法律规定进行具体化,或者在法律没有作出相关规定的情况下,自行决定行政执法的具体程序。在行政系统内部,根据下级服从上级的组织原则,上级行政机关可以就行政执法的程序进行规范,指导下级行政机关的执法行为。国务

院统一领导全国所有行政机关,当然国务院对行政执法程序作出的规定,适用于所有执行相关法律法规的行政机关。

总之,国务院统一领导全国各级行政机关,有权对行政执法所涉及的行政组织和行政程序问题进行规范,国务院所制定执行性立法中的相关规定,具有充分依据。

三、国务院制定创制性立法的权限

在行政立法实务中,国务院不仅制定执行性立法,也制定创制性立法。执行性立法促进和保障法律得到实施,创制性立法则在立法者尚未对某一事项进行规范的时候设立新的行为规则,规定新的权利义务。在已经肯定国务院有权制定执行性立法之后,下文继续探讨国务院是否有权制定创制性立法。

(一)对否定观点的辨析

一些学者主张,国务院未经授权不得制定创制性立法。在这个问题上,相关学者主要从三个角度进行了阐述。

一些学者强调,宪法第58条、第62条以及第67条将我国政体规定为人民代表大会制。在这一制度之下,全国人大及其常委会行使国家立法权。作为最高国家权力机关的执行机关,国务院不具有独立的立法权,必须同时根据宪法和法律的规定制定行政法规,其立法具有从属性,只能作出具体的规定,不得进行创设性立法。^⑪这种从我国的政体出发进行的论证,有一定解释力。的确,我国政体是人民代表大会制度,这意味着无论是在中央还是在地方层面,人民代表大会作为权力机关,由其产生一府两院,一府两院对人民代表大会负责并受其监督。然而,人民代表大会制之下是否不存在国务院进行创制性立法的空间,值得商榷。既然宪法在人民代表大会之外规定了一府两院,而不是把一府两院规定为人民代表大会的内设机构,说明一府两院当然也就具有独立于人民代表大会的地位,具有独立意志,行使宪法赋予的职权。由此看来,仅仅基于人民代表大会制度就主张国务院无权制定创制性立法,过于草率和武断。这种观点之中的惟一可取之处在

于,在人民代表大会制度下,国务院的立法不得挑战国家立法权。换言之,如果国务院制定创制性立法将会挑战国家立法权,那么,在人民代表大会制度之下,国务院就不可能享有这一权限。然而,考虑到如下因素,国务院的创制性立法权并不构成对国家立法权的挑战。首先,宪法和法律规定了一系列法律保留事项,对国务院行政立法的范围进行了限制;其次,国务院的立法,在组织、程序和事权方面,本身受到法律的规范和约束;再次,全国人大及其常委会也可以对同一事项制定法律,使得与之相抵触的创制性行政法规无效;最后,全国人大常委会可以撤销国务院制定的不适当的行政法规,这种事后监督机制使得全国人大常委会可以有效应对国务院立法对国家立法权的挑战。总而言之,从人民代表大会制并不能够得出国务院无权制定创制性立法的结论。

还有学者认为,如果肯定国务院在具体法律规定缺位的情况下可以制定创制性行政法规,则国务院就具有了“无限的”或者说“过大的”立法权,有鉴于此,国务院在未经授权的情况下,只能为了执行法律进行行政立法,不得进行创制性立法。^⑤然而,这种论证存在一个重大漏洞。国务院在多大程度上具有行政立法权,决定于宪法和法律如《国务院组织法》和《立法法》在多大程度上赋予了国务院相关权限。否认国务院有创制性立法权,必须有相关宪法和法律依据,但有关学者并没有说明哪些宪法和法律条文禁止国务院制定创制性立法。如何判断国务院的立法权是否“过大”,相关学者也没有提出客观的、在实证法上有根据的标准,这就使得相关观点只是有关学者的个人主观看法而已。

实践中,1984年全国人大常委会授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行,1985年全国人大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,有学者从此出发,主张这些授权立法实践说明国务院不得未经授权而制定创制性立法^⑥。笔者认为,税收、改革开放等领域,国务院的确需要国家立法机关授权才能够进行相应立法,否则即超越了其自身的立法权限。然而,由此

也并不能够推导出国务院在任何领域都不得进行创制性立法的结论。事实上,在未经授权的情况下,国务院也对大量不属于法律保留范围的事项制定了大量行政法规。例如,国务院根据宪法和《国务院组织法》所赋予的“领导和管理经济工作和城乡建设”的职权,制定了许多相应的行政法规^⑦。

总而言之,主张国务院未经授权不得制定创制性立法的观点,相关论证并不能够充分消除有关疑问,不具有充分的说服力。

(二)国务院制定创制性立法的宪法依据

从以下四个角度来看,国务院对不属于法律保留范围的事项,可以依职权制定创制性立法。^⑧

首先,与“五四宪法”相比,“八二宪法”对立法权的配置更为分散,这在一定程度上暗示国务院具有创制性立法权。根据“五四宪法”第22条,全国人大是行使国家立法权的唯一机关;根据“五四宪法”第31条,全国人大常委会不能制定法律,只能解释法律、制定法令。“八二宪法”并没有规定只有全国人大才有权制定法律,而是在第58条规定“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”,从而将全国人大常委会也规定为行使国家立法权的主体。此外,“八二宪法”关于国务院权限的规定,也发生了重大变化。“五四宪法”第49条规定国务院“根据宪法、法律和法令,规定行政措施,发布决议和命令,并且审查这些决议和命令的实施情况”,“八二宪法”第89条则规定国务院“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”。相比之下,“八二宪法”新授予了国务院制定行政法规的权限。综合“五四宪法”和“八二宪法”的相关条款可知,与“五四宪法”相比较,“八二宪法”总体上对立法权的配置更加分散。一方面,并不将全国人大规定为行使国家立法权的唯一机关,规定全国人大常委会也有这一权限;另外一方面,还赋予了国务院制定行政法规的权限。虽然宪法没有明文规定国务院制定的行政法规是执行性立法还是创制性立法,但是,从“八二宪法”分散配置立法权的总体思路来看,肯定国务院有权制定执行性立法和创制性立法,无

疑与“八二宪法”分散配置立法权的做法相一致。

其次,宪法第89条第1项与第18项之间的关系,也支持国务院有创制性立法权的判断。根据宪法第89条第18项规定,国务院除了行使宪法明确列举的具体职权以外,还行使其他由最高国家权力机关授予的权限。根据该项规定,全国人大及其常委会可以授权国务院制定行政法规,该项规定构成了国务院授权立法的宪法依据。既然宪法第89条第18项已经构成了国务院依授权进行立法的依据,那么,如果也将第89条第1项解释为国务院进行授权立法的宪法依据,则宪法第89条第1项和第18项发生重复。解释宪法应当遵循一个基本假定,即不同宪法条款通常具有不同含义。按照这一原理,既然宪法第89条第18项的规定构成了国务院进行授权立法的宪法依据,那么,第1项就不是国务院授权立法的宪法依据,而是国务院直接依照自身职权进行立法的充分依据。

再次,《立法法》第8条、第9条关于法律保留的规定,间接肯定了国务院不仅可以进行授权立法,也可以先于立法者对一些事项进行规范。根据《立法法》第8条、第9条,某些特定事项只能制定法律,全国人大及其常委会可以就其中部分事项授权国务院先行制定行政法规。这两条规定预设了国务院能够依职权进行创制性立法。具体而言,如果国务院只能依授权而制定创制性立法,那么,事实上所有事项都属于法律保留范围,《立法法》也就没有必要规定特定事项属于法律保留的范围。恰恰从这个规定,可以推导出来国务院对不属于法律保留的事项,可以无须授权制定行政法规。^{[5](P.94-95)}换言之,正是因为国务院有权进行创制性立法,才有必要规定法律保留,把一些事项排除在国务院创制性立法的调整范围之外。如果国务院没有创制性立法权,就没有必要特意规定某些事项只能由法律予以调整。体系解释的这一结论,也能够得到历史解释的印证。在《立法法》制定过程中对这一问题存在较大争议,经过讨论之后,立法者最终采取了国务院无须授权即对一些事项自行进行规范的观点^{[5](P.94-95)}。

最后,宪法第85条对国务院宪法地位所作的规定,也支持国务院有权就不属于法律保留的事项进行创制性立法的结论。根据宪法第85条,国务院有三个身份: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。学界通常比较关注国务院作为最高国家权力机关的执行机关的身份,从中得出了国务院有权制定执行性立法的结论。^[6]相比之下,国务院作为中央人民政府和最高国家行政机关的身份较少受到关注。笔者认为,为了厘定国务院所享有立法权的范围,也应当考虑国务院的这两种身份,下文依次予以分析。首先,国务院作为中央人民政府行使领导职权,需要进行创制性立法。“中央人民政府”的表述,可以分解为“中央”“人民”和“政府”。“中央”是指国务院与地方人民政府的关系而言的,对此,宪法第110条第2款第2句已经作出了规定,即全国地方各级人民政府都接受中央人民政府即国务院的统一领导。“人民”的表述说明国务院代表人民的利益,这与人民在我国当家作主的地位相一致。相比之下,“政府”的含义较为含糊。词典上将政府解释为“国家权力机关的执行机关,即国家行政机关”^{[8](P.1741)}这种解释将政府等同于国家权力机关的执行机关和国家行政机关。然而,就宪法第85条而言,既然该条规定了国务院的三种身份,那么,它们应该有各自的意涵,而不是相互重复。由此可见,词典上的解释并不适用于宪法第85条。笔者认为,主权国家之内立法权、行政权和司法权相互关系的历史衍变对政府的含义提供了一定的启示。欧洲中世纪政治秩序解体之后,出现了君主专制的主权国家。在这个历史阶段,国王拥有全部权力,进行统治(govern, rule)。在这种意义上,政府(government)和国家基本上是同义的。国王是国家的最高领导者,决定国家内政外交等各方面的大政方针。随着资产阶级登上历史舞台,市民逐渐控制了议会,立法权从国王的权力中分离出来,由国王和议会共享。随着时间的推移,国王和议会在立法领域的权力此消彼长,议会获得实质性的立法权。与此同时,从原来国王所拥有的最高权力中,司法权也独立出来,由

独立的法院行使。与此相应,以集权为根本特征的君主专制就过渡到了开明专制,国王仍然是政府的首脑,但政府不再拥有全部国家权力,而只国家权力中除去立法权和司法权以外的部分,即行政权。随后,英国、荷兰等国家的君主制进一步发展,君主只有象征性的职权,实质行政职权由议会产生的行政部门享有;法国、德国等国家的君主制则被共和制所取代。在刚出现主权国家的时候,拥有所有国家权力的君主实施对国家的领导。那么,在现代国家,国家的领导由谁来实施呢?对国家的领导,就是面向未来在国家的内政外交等各个领域作出决断,选择国家发展和前进的方向。从这个角度来看,鉴于法院原则上主要事后适用规范,其面向未来设定规则的空间较为有限,对国家进行领导只能由立法机关和政府即行政部门享有。由于立法者因资源所限,不可能对所有涉及国家发展方向的问题作出决断,政府也必然要面向未来就很多问题作出决定。从这种意义上来说,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项赋予国务院一系列领导职权。国务院的领导职权,可以从国务院所领导的机构和事务两个方面来理解。国务院领导的机构,包括各部、各委员会乃至全国地方各级国家行政机关;国务院领导的事务范围非常广泛,包括经济工作和城乡建设,教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作,民政、公安、司法行政和监察等工作,国防建设事业,民族事务,等等。国务院进行的领导行为,表现为在各个领域审时度势,根据实际情况设定未来工作的方向和目标,并率领、组织、监督有关机构为实现这些目标而努力。国务院的领导行为可以通过具体或者抽象的方式进行。对个别部、委员会或者个别行政机关的工作进行领导时,通过明确的命令、指示等方式作出具体行为无疑更有针对性。更为经常的情况,是国务院在特定领域设定目标,并就全国范围内的行政机关如何实现这些目标作出安排。在这种情况下,抽

象的行政立法就是国务院实施领导行为的适当方式。在这种意义上,国务院制定创制性行政法规,是其作为中央人民政府履行领导职权的内在需要。其次,国务院作为最高国家行政机关的宪法地位,也支持其有创制性立法权的结论。作为最高国家行政机关,国务院的行为具有行政的特征。行政相对于立法和司法,具有一些自身特点。立法机关成员众多,立法程序严谨而冗长,行动缓慢,无法及时处理紧急事项,更不可能事先预见到偶然事件并提前对其予以规范^{[9](P.103)}。一旦出现新事物时,只有等到情况基本稳定、立法条件成熟之后,立法者才能够制定法律予以调整。法院则适用不告不理的行为逻辑,所谓没有原告就没有法官,法院基本上限于提供事后权利救济,无法事前预防对权利的侵犯。由此可见,在出现新情况、新问题导致对公共利益或者个人权利的威胁时,立法机关和司法机关不能够对公共利益和个人权利提供有效保障。这一任务,责无旁贷地落到了行政机关身上。与立法机关不同,行政机关随时关注现实生活,并在必要时能够迅速进行干预。^⑩与司法权相比,行政权具有明显的主动性,可以依职权主动保护公民的权益,防止有关侵权行为的发生。在行政系统中,国务院是最高国家行政机关,也是惟一个被宪法授权制定行政法规的行政机关,因此,在立法机关和司法机关都无法维护某一社会生活领域的必要秩序的时候,国务院有权、也有义务制定创制性行政法规对有关事项进行调整,保护公共利益,保护个人权利。

四、结论

综上所述,无论行政机关所执行的法律是否明文规定由国务院制定实施条例,国务院作为最高国家权力机关的执行机关,承担了保障法律得到实施的职责,有权制定执行性行政法规,对法律进行具体化,并对执法所涉及的行政组织和程序等问题进行规范。此外,基于现行宪法分散配置立法权的总体倾向、宪法第89条第1项和第18项之间的关系、《立法法》关于法律保留的规定以及宪法第85条规定的国务院宪法地位,我们推导出这一结论:国务院可以

就属于其行政管理职权范围、不属于法律保留的事项制定创制性行政法规。基于宪法第89条第1项的规定形成的关于国务院立法权的三种观点中,职权说肯定国务院有制定执行性立法和创制性立法的权力,具有较高合理性。相比之下,授权说完全否定国务院在未经授权时可以进行行政立法,依据说则完全否认国务院有权制定创制性立法,失之偏颇。

肯定国务院享有宽泛的行政法规制定权,并不会助长行政立法扩张趋势。我们应当从两个角度来看待这个问题。首先,国务院的立法权并不构成对国家立法权的挑战。在国务院制定的行政立法中,执行性立法本来就致力于保障法律的实施,落实国家立法机关的意志,因此,执行性立法数量越多,越能够保障法律得到良好实施,国务院的这种立法在总量上的增长,并不构成实质意义上的行政立法扩张。与执行性立法不同,国务院进行的创制性立法的确在没有上位法的情况下对有关事项进行规范,有学者担心国务院的创制性立法挤压国家立法权空间,也并非空穴来风。然而,国务院的创制性立法只能对国务院具有行政管理职权的、并且不属于法律保留范围的事项进行规范,重大事项仍然只能通过法律予以规范,因此,国务院立法权并不与国家立法权分庭抗礼。何况,全国人大及其常委会能够通过《立法法》和其他法律对国务院的创制性立法进行规范和监督,因此,国务院制定创制性立法也不构成对国家立法权的实质性挑战。其次,行政立法扩张的趋势客观存在,但主要问题并不是国务院制定了大量行政法规,而是部门规章、地方政府规章和其他规范性文件在数量上增长迅速,将部门利益和地方政府利益制度化。因此,为了有效规范行政立法膨胀的趋势,应当在肯定国务院立法权的同时,更加关注规章以下的行政立法,明确规章以下行政立法所应当遵守的界限,有效约束规章以下层面行政立法的扩张趋势。

注释:

①宪法第90条规定的“各部、委员会”发布规章,《立法

法》第80条将这一范围扩大到“各部、各委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”。

②少数学者反对职权立法的概念,主张宽泛地理解授权,认为宪法和组织法规定国务院的权限也构成了对国务院的一般授权。因此,国务院进行的这种立法也是授权立法,不存在国务院的职权立法。代表性观点见杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第289页;罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第149、150页;李林:“关于立法权限划分的理论与实践”,载《法学研究》1998年第5期。然而,如果如此宽泛地理解授权,那么,全国人大及其常委会的立法权也是宪法授予的,其立法也构成授权立法。甚至,如陈章干所言,按照这种逻辑,审判权、检察权也是授予的,应当把审判和检察称为授权审判和授权检察(见陈章干:“行政职权立法辨析”,载《法商研究》1998年第5期)。笔者认为,对授权的概念赋予如此广泛的定义并没有实际意义,最终陷入职权立法概念之争,并不利于澄清国务院究竟是否有权在未经立法者授权的情况下制定行政法规。基于这一考虑,本文意义上的国务院的职权立法,是指国务院在未经全国人大及其常委会特别授权时所进行的行政立法。

③笔者所收集文献未能明确谁第一次提出了这些观点,下文所引用的著述介绍了这些观点并予以辨析,但是没有说明这些观点的初始出处。

④刘春华介绍了授权说,不过没有说明出处。参见刘春华:“国务院立法权限若干疑难问题探讨”,载《中外法学》1998年第5期。

⑤参见陈斯喜:“论我国立法权限的划分”,载《中国法学》1995年第1期;许安标:“关于中央与地方立法权限的划分”,载《中国法学》1996年第3期。需要注意的是,职权说还有一个版本,即主张行政立法主体在未经授权的情况下只能够制定执行性立法,不得制定创制性立法。参见陈章干:“关于行政机关依职权立法问题”,载《现代法学》1999年第3期。

⑥这三种观点之间的区别,如下表所示:

未经立法者授权时,国务院可否依职权制定:	一、依据说	二、授权说	三、职权说
——执行性立法	可	不可	可
——创制性立法	不可	不可	可

刘春华在对这三种观点批判性吸收基础之上形成的自己的看法。他对这三种观点都进行了反驳,在此基础上提出了自己的看法,但其观点与职权说并没有本质区别。见刘春华:“国务院立法权限若干疑难问题探讨”,载《中外法学》1998年

第5期。

⑦除了这三种代表性观点之外,“根据宪法和法律”还存在两种解释。第四种观点可以称为不抵触说,主张根据原则要求行政立法不得与法律相抵触。见郭道晖等编:《立法——原则·制度·技术》,北京大学出版社1994年版,第148、149页;第五种可称为程序说,这种观点认为,根据原则要求行政立法当符合上位法规定的“目的、内容、形式和程序等要求”。见蒋朝阳:“论部委规章制定权的授予、行使和监督”,载罗豪才主编:《行政法论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第133-135页。也有学者同时认可“根据”的这五种含义,认为在不同情况下,具体含义不同。见陈章干:“论行政立法的‘根据’”,载《行政法学研究》1999年第2期。

⑧相关规定是《立法法》第65条第一款、第二款,措辞如下:“国务院根据宪法和法律,制定行政法规。行政法规可就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。”或许有学者认为,该条第二款第一项已经明确规定国务院可以制定执行性行政法规。然而,这一结论是欠妥的。对该条第二款的理解,仍然要结合第一款。第一款几乎原封不动沿袭了宪法第89条“国务院……根据宪法和法律……制定行政法规”的措辞,与宪法第89条第一款对行政法规制定权的规定是具有相同含义。要明确国务院制定行政法规的权限,仍然无法绕开宪法第89条第1项即《立法法》第65条第1款的规定。

⑨刘春华介绍了这种观点,但没有说明具体出处。见刘春华:“国务院立法权限若干疑难问题探讨”,载《中外法学》1998年第5期。

⑩343 US 579(1952).

⑪Wolf/Bachof/Stober/Kluth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 311f.

⑫Wolf/Bachof/Stober/Kluth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 312.

⑬见《税收征收管理法实施细则》第9条第1款:“税收征管法第十四条所称按照国务院规定设立的并向社会公告的税务机构,是指省以下税务局的稽查局。稽查局专司偷税、逃避追缴欠税、骗税、抗税案件的查处。”对于国务院设立地方税务局的稽查局的行为,立法者在《税收征收管理法》第14条明确予以确认,作出如下规定:“本法所称税务机关是指各级税务局、税务分局、税务所和按照国务院规定设立的并向社会公告的税务机构。”

⑭蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2004年版,第346页;

陈章干:“简析行政立法的‘根据’问题”,载《法商研究》1999年第5期;陈章干:“论行政立法的‘根据’”,载《行政法学研究》1999年第2期;喻少如:“论我国行政立法中的职权立法”,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第1期。

⑮代表性观点,见陈斯喜:“论我国立法权限的划分”,载《中国法学》1995年第1期。

⑯最近门中敬从行政保留的角度论证国务院具有制定创制性立法的权限。他指出,既然现行宪法赋予了国务院职权立法权和行政措施的规范制定权,那么,国务院就有“一定的相对自主的法规制定权限”。他又说,从行政保留的视角来看,国务院的职权立法以及根据宪法第89条第1项享有的行政措施制定权,表明国务院享有相当自主的法规制定权限,“而非仅享有纯粹执行性质的权限”。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”,载《湖北社会科学》2016年第10期。本文同意其结论,但是不认同其论证过程。如果能够论证我国宪法上确立了行政保留,那么,有可能可以从推导出国务院有制定创制性立法的权限。然而,门中敬并没有对此展开论述。况且,门中敬已经将国务院的职权立法理解为创制性立法,因此,从国务院职权立法权这个前提,推导出了国务院具有“相对自主的法规制定权限”的结论,实际上进行了循环论证。真正需要论证的是宪法赋予了国务院可以依职权进行创制性立法,门中敬对此并未予以展开。

⑰相同观点,参见叶海波,秦前红:“法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能”,载《法学评论》2008年第4期。

⑱代表性观点,参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第372页;门中敬从宪史入手,注意到了国务院的性质为“执行机关”和“行政机关”,但仍然主要限于从国务院执行机关的性质来探讨国务院的职能定位,没有进一步分析国务院的“行政机关”身份。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”,载《湖北社会科学》2016年第10期。

⑲类似观点,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”,载《湖北社会科学》2016年第10期。

参考文献:

[1]蔡定剑:“法律冲突及其解决的途径”,载《中国法学》1999年第3期。

[2]郭道晖:《当代中国立法》(上),中国民主法制出版社1998年版.

[3]袁明圣:“行政立法权扩张的现实之批判”,载《法商研究》2006年第2期.

[4]许安标:“关于中央与地方立法权限的划分”,载《中国法学》1996年第3期.

[5]乔晓阳:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版.

[6]陈斯喜:“论我国立法权限的划分”,载《中国法学》1995年第1期.

[7]刘春华:“国务院立法权限若干疑难问题探讨”,载《中外法学》1998年第5期.

[8]中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年第五版.

[9]洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1964年版.

On State Council's Regulation-making Power without Legislative Authorization

Xie Libin

Abstract: Concerning the power of the State Council to engage with rule-making without the authorization of the legislator, scholars focus on the formulation of Art. 89 of the Chinese Constitution providing that the State Council shall make administrative regulations "based on the constitution and law" and have put forward three different opinions. These opinions are not sufficiently expounded, and none of them has been able to become a leading proposition. The rule-making power of the State Council contains the power to make administrative regulations to facilitate implementation of the law and the power to make administrative regulations to govern subject matters that have not yet been regulated by law. Although the legislator sometimes requires the State Council to pass administrative regulations to safeguard the implementation of law, and that in some parliamentary countries the legislative authorization is often the precondition for administrative rule-making, the executive power necessarily contains the power to concretize statutes and make decisions concerning administrative organization and procedure. Similarly, although the system of the people's congress requires that the legislative power of the National People's Congress and its Standing Committee shall play a leading role, further study of relevant provisions of the Constitution and the Law on Legislation leads to the conclusion that the State Council has certain power to make administrative regulations to govern subject matters untouched by the national legislator.

Key words: Original Rule-making Power of the State Council; Administrative Legislation to Facilitate Implementation of Law; Administrative Legislation to Govern Subject Matters Untouched by the Legislator