

LAWYER DIGEST

律 师 文 存 (一)

主
编
孙
国
栋



群众出版社

律 师 文 存

(一)

孙国栋 主编

群众出版社

2010年·北京

图书在版编目(CIP)数据
律师文存·1 / 孙国栋主编.
- 北京:群众出版社,2010.10
ISBN 978-7-5014-4794-7

I. ①律… II. ①孙… III. ①法律 - 文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 206032 号

律师文存(一)

孙国栋 主编

出版发行: 群众出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京燕龙印刷有限公司

版 次: 2010 年 10 月第 1 版
印 次: 2010 年 10 月第 1 次
印 张: 16.5
开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16
字 数: 250 千字

书 号: ISBN 978-7-5014-4794-7
定 价: 25 元

网 址: www.qzchs.com
电子邮箱: qzchs@163.com

营销中心电话:(010)83903254
读者服务部电话(门市):(010)83903257
警官读者俱乐部:(010)83903253
教材分社电话:(010)83903259
公安图书分社电话:(010)83905672
法律图书分社电话:(010)83905745
公安文艺分社电话:

杂
电

社负责退换

法治社会的根基

美国一位伟大的法官汉德曾经说：“自由的根基到底在哪里？朋友们请相信我，不要相信那些人的说法，他们说法治要寄希望于法律、宪法和法院。不是这样的，法律存在我们每个人的心中，如果自由在我们心中死去的话，那么没有法律能够拯救它，也没有宪法能够拯救它。”

如果一个本质上推行愚民政策的社会事实上已造就了这个社会太多的愚民，那这个社会的法律、法治就是云中阁、水中月。实际上它的法律与法治就成了维护一种反法律、反法治秩序的强有力的武器。

汉德这席话实际上谈的也是法治社会的根基：人心中的自由，以及由这种自由酝酿而成的自由社会的氛围。你不要说，我还很认同汉德的说法。我们这里有很多人认为，中国问题的解决，关键在于法律的完善，制度的创新。我觉得，此话只在某种程度上有一定的道理，但细究起来实际上也是一种想当然，是一种短视与浅薄的观点。因为很简单，倘若和谐社会果真是建立在法律的完善和制度的创新基础上的，那么，我们就要问了，法律的完善、制度的创新又是建立在什么基础上的呢？显然，完善与创新并不是凭空来的，它们肯定也有其前提与前因，有其事前的铺垫与事先的打理。

我认为，说关键的关键是法律与制度，无异是在说，人吃饭是重要的，不吃飯不行。这在某种程度上显然是一条真理。但这样的真理对那些吃不上饭、在挨饿的人来说又有何用呢？即使有点用，但肯定不是最适合、最适用。因为对饥饿的人来说，要解决饥饿的问题显然不是明了人不吃饭不

行的道理就完事的,重要的是你要明白怎样才能弄到吃的,要通过什么方式、什么环节、什么步骤,你才能够搞到食物。

这和汉德说的道理是一样的,重要的不是法律,而是法律的前提,法律何以、怎样才能真正产生法律的社会效应。

我发现,我们中国人有一个天大的毛病:只注重、强调所谓的终极指令(最终应然),而不太考虑完成终极指令的前提条件、中间环节、过程步骤;只知其然,而不知其所以然。即使知道其所以然,也拼死拼活就是不肯那么然。比如说,在浅层次上,他们知道法律、制度的重要,但在更深的层次上,他们并不着力思考何以才能这样法律与制度,更不愿意用行动去如此法律与制度。我以前就说过,存在的关键不是去知道事物应该是什么,而是去明白怎样才能实现这种应该。这就是什么(WHAT)与何以(HOW)的区别,我认为,对人来说,对一个社会的整体福祉来说,何以什么比什么什么更重要。

中国人的整体麻烦就在于,几千年来都是死抱狂叫那些三岁幼儿都能明白的真理,比如人应该什么,社会应该什么,结果抱了几千年,叫了几千年,那基本的应该还是没有成为现实。比如就说基本的礼节吧,在一些公共场合,我们常常会看见这样的标牌与提示,比如“不要随地吐痰!”“不要乱扔垃圾!”“不要随地大小便!”“不要践踏小草!”“请先下后上!”“请依次排队!”“请不要高声喧哗!”就仿佛所有的基本文明动作都要加以提醒与提示(实际上提示了也没有用,人们照样不文明)。看见这些提示,你难免就会由衷感叹:这是咋了,为何文明了几千年竟然会整出这副德性,搞成这种结果?其实不怪,因为我们的文明仅仅是口号文明,是挂在嘴上,写在纸上,码在书上的文明,是只强调终极指令、只对这些终极指令进行修辞升级和音量放大的文明。这种文明用力的仅仅是 WHAT,而永远忽略的则是 HOW。结果就整成了一种民族固有的惯性与全民特色:不仅法律与法律的实施东西交错,而且连语言与现实也根本背反。

王康
2010/26 前川

卷首语

法治社会的根基 / 毛喻原

法道[®]论坛

- 法理沉思 001 法律教育之目的 / 燕树棠
- 专家说法 005 行政强制立法若干争议问题研究 / 姜明安
014 再谈行政强制执行体制 / 余凌云
- 事件剖析 017 《经济观察报》记者仇子明被通缉的 36 小时
于达维 王和岩 沈 乎
022 记者通缉门调查：三亿元土地纠纷引发硝烟
刘 华 蒋慧燕
027 刑讯逼供后的 22 年 / 张 君
- 热点话题 036 “后三峡”挑战 / 邓 海
051 孙大午们的救赎 / 吕 斌

业务进阶

- 办案规程 065 中国转让定价法规更新及企业的应对之道 / 包孝先
070 境外投资规划：请做好税务评估 / 俞卫锋 陆 易
- 判例研究 074 浅析《工伤保险条例》第 14 条第(六)项规定中“上下班途中”的涵义——以北京国玉大酒店有限公司诉北京市朝阳区劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案为例
《最高人民法院公报》编辑部
- 精彩辩词 079 16 岁少年刺死截访者命案辩护词 / 王 令
084 唱腔作品“独创性”不能狭隘地理解为“曲谱创作”
——“文字符号描述性”不等于艺术作品的“可固定性”
吴 伟 杨 明

业界瞭望

- 星汉灿烂 092 “做学问不是为了拿奖”
——访 2010 年沃尔夫奖得主丘成桐 / 曹 玲

执业前沿	097	新《民事诉讼法》实施与执行救济制度之完善 ——以浙江法院执行救济实践为考察对象 浙江省高级人民法院联合课题组
维权之声	109	倪玉兰这两月 / 杨 潇
	116	论业主自治与小区善治 / 杨玉圣
立此存照 管理之窗	127	“关键人”杨贤才 / 张有义
职业素养	135	做律师,你适合吗 / 杨泽延
	139	代理诉讼,八宜八忌 / 嵇煥飞 刘尊知
体制创新	142	小所要革命 / 唐姗姗 朱 晶
经营思路	147	律师薪酬和利润分配 奥尔特曼·维尔律师事务所 著 冯 蕊 译
史海钩沉		
百代风流	187	“我们的校长”经亨颐 / 傅国涌
历史名案	193	为自由而战——南非国诉纳尔逊·曼德拉 / 杨 群 止 止
返回现场	198	“二次革命”后的黄兴 / 张耀杰
法苑撷英		
随 笔	204	我们上百年文化命运天灾人祸的总报应(外一篇) 陈丹青
	215	图书馆与知识分子 / 王 昊
	219	为权利而斗争:民国律师茶余录 / 李凤鸣
	231	十五位曾经勇敢过的律师 / 王利平
	233	美国人的职业观(四篇) / 聂圣哲
书 评	239	公民参与与民主政体 ——关于托克维尔、密尔的读书札记 / 任羽中 方 博
影 评	247	《十二怒汉》:通过对话能够走向真理共识吗 / 周 濂

“法道[®]”商标由李静冰注册持有并许可使用。

Contents

Preface

The Foundation of a Legal Society / by Mao Yuyuan

Fadao Forum

Ponderation of Legal Principle

The Purpose of Legal Education / by Yan Shutang(001)

Expert's Comment on Law

Research on Controversial Issues about the Legislation of Administrative Coercive Law
by Jiang Ming'an(005)

Discussion about Administrative Coercive Execution / by Yu Lingyun(014)

Analysis of Event

The Journalist from Economical Observation Qiu Ziming was Wanted for Arrest
for 36 Hours / by Yu Dawei, Wang Heyan, Shen Hu(017)

Investigation on the Case the Journalist was Wanted for Arrest
by Liu Hua, Jiang Huiyan(022)

22 years after Extortion of Confession by Torture / by Zhang Jun(027)

Hot Topic

The Challenge of Post-three Gorges / by Deng Hai(036)

Sun Dawus' Salvation / by Lv Bin(051)

Business Step

Regulation of Handling Cases

Renewal of Transfer Pricing Regulations of China and Responding Measures of Enterprises
by Bao Xiaoxian(065)

Investment Planning outside National Boundary / by Yu Weifeng, Lu Yi(070)

Case Study

Analyzing the meaning of "on the way to and off work" in Item 6, Article 14, of
Employment Injury Insurance Regulation / by the Editorial Office,
the Communique of Supreme People's Court of P.R.C.(074)

Splendid Statement of Defense

The Statement of Defense for the Homicide Case that A 16-year-old Teenager
Killed a Brawny Man Intercepting Villagers to Petition / by Wang Ling(079)
The "Originality" of Vocal Music cannot Be Narrowly Comprehended as "the Creation
of Music Score" / by Wu Wei, Yang Ming(084)

Lawyer's Outlook

Brilliant Star

"Engagement in Scholarship is not to Win a Prize" / by Cao Ling(092)

Practice Front

Implementation of New Civil Procedure Law and Perfection of Enforcement Relief System
by the Joint Research Group of Higher People's Court, Zhejiang Province(097)

Voice of Defending Rights

Two months of Ni Yulan / by Yang Xiao(109)

On Proprietors' Autonomy and Good Community Governance / by Yang Yusheng(116)

Put it On Record

The Keyman Yang Xiancai / by Zhang Youyi(127)

Window of Management

Professional Attainment

Are You Suitable as a Lawyer / by Yang Zeyan(135)

Eight Advocates and Eight Taboos in Representative Action / by Ji Huanfei, Liu Zunzhi(139)

Institutional Innovation

To Reform in a Small-sized Law Firm / by Tang Shanshan, ZhuJing(142)

Thinking of Management

Lawyers' salaries and Distribution of Profits

by Altman Ville Law Firm, translated by Feng Rui(147)

Uncovering Historical Anecdote

Historical Celebrity

Our Schoolmaster Jing Hengyi / by Fu guoyong(187)

Historical Case

Fight for Freedom / compiled by Yang Qun and Zhi Zhi(193)

Returning to Scene

Huang Xing after "the 2th Revolution in 1913" / by Zhang Yaojie(198)

Cream in Law Garden

Essays

General Retribution for Natural and Man-made Calamities in Our Cultural Destiny
for over 100 Years / by Chen Danqing(204)

Libraries and Intellectuals / by Wang Hao(215)

Fight for Rights / by Li Fengming(219)

15 Once-Brave Lawyers / by Wang Liping(231)

American Occupational Outlook / by Nie Shengzhe (233)

Book Review

Citizen Participation and Democracy / by Ren Yuzhong, Fang Bo(239)

Film Review

12 Angry Men: Could they Reach an Truth Consensus through Dialogues / by Zhou Lian (247)

法律教育之目的

燕树棠*

我们为什么要办法律教育?造就什么样的法律人才?我们中国对于这个问题的解答,不但今昔不同,即就现在而论,也不一致。因为这个问题的解答,即是法律教育通行之途径,所以这个问题究竟应该如何解答,值得我们予以相当之注意。

我们中国在前清的时代——在维新以前的时候——实在无所谓法律教育。国家及社会均崇尚“礼教”,鄙视法律。礼教是当时支配社会的主要的工具;法律却居于次要的地位。但我们中国的旧律已经脱离了幼稚的状态,其规则之复杂早已需要专门之研究而构成了专门的知识。所以有清一代,维新以前的法律教育不能说完全不存在,那个时候的法律教育,是在国家各机关中办理诉讼案件的那一部分人员私人之手。那一部分人普通叫做“刑名师爷”。先生是“师父”,学生是“学徒”。教授之方法只限于法律专门名词之用法,及律文意义之讲解。他们那种教育之目的,只是期望把他们的“徒弟”造就成咬文嚼字的办理诉讼案件的刑名师爷而已。这样的法律教育,可以说是单纯的职业教育,而以取得法律专门知识而能谋生为目的。

到了满清末年的时候,所谓“维新”,主张“变法”——改革国家政治组织,改良旧有的法律,相信国家制度及法律一经变更,国家就可以强,人民就可以富,外侮就可以除。自前清末年,以至民国初年,一般人士,无论是君主立宪派,也无论是国民革命派,都怀抱这种迷信。在这个期间之内,去到东西洋留学的学生,十之八九是学习法政;国内公立及私立的法政学校遍于全

* 燕树棠(1891~1984):中国近代杰出的法学家和法律教育家。

国。那些学校里边的功课,所需要的是法律,并不问什么法律——例如,教授宪法,有的教授日本明治天皇所颁布的宪法,有的教授英国戴西氏(Dicey)所著的英国宪法;例如,教授刑法,有的把日本冈田博士的刑法讲义奉为金科玉律,有的把美国哈佛大学毕鲁(Beale)教授所著的刑法成案选读作为教授蓝本;诸如此类,教员只要有法律教,学生只要有法律学,就算满足了法律教育之需要。当时受过这种法律教育之人,出路很广——可以在立法机关当议员,可以在行政机关为官吏,可以在司法机关当法官,最低就者也可以当律师。法政学校一时上市,大有人满之患。一般人对于法律的态度大反从前鄙视的眼光,而承认法律是支配社会的重要工具,同时承认法律任务是社会的任务,法律事业是公益事业,法律教育是训练社会服务人才之教育。那么,法律教育之目的是在训练社会服务的人才,不是在造就个人谋生的能力,大家的视点已经是与从前大不相同了。

民国成立以后,十余年之间,学习法政的人们充满了国家的各机关;在朝在野的政客,以及乡间无业的高等流氓,也以学习法政之人为最多。多年来官场之贪污,政治之勾结,许多造乱之源,当归咎于“文法”。并且秩序日就纷乱也直可以证明法律之无用和无力。一般人从前对于法律事业之奢望,渐变而为失望了。去年中央政府明令限制“文法”的政策,无论好坏,无论造成与反对,自有社会的背景存在。现在政府当局对于法律教育,亦并未宣示特别的教育宗旨,只是与别种专门知识同样的视为专门知识之训练而已。即现在从事法律教育的专家亦多抛弃从前对于法律事业那种奢望——因为国家的基本的法律,如刑法、民法、民事诉讼法、刑事诉讼法等等的法典,陆续颁布,他们以为名词的解释和章句的说明,这样的使学生取得专门知识,能应付各项的考试,亦就算法律教育之成功,无须再有他求。

但另有一部分从事法律教育之人,承认现代的法律是支配社会主要的工具而不能机械地使用,尤其是现代社会状况正在急剧变化的时候,法律更不能机械地使用。所以主张,法律教育于认识所得专门知识而外,尚须有别种的东西,以为调济。那种调济的东西,我们至今还没有一个总括的名词来表明,我们姑且杜撰一个名词,叫做“法律头脑”。一个人受过法律教育之后,必须具有“法律头脑”,才能对于法律为适当之运用;无论为立法人员、司法人员、行政人员,也无论为律师,也无论经营特别的事业,才能有相当的把握而不致有大错。所谓法律头脑是指什么说?以我们想象所及的可以说必须具有四个条件。

第一,须要有社会的常识。世界各国的法律都含有许多的寻常用语所不用的专门名词。我们中国现在的法律,一大部分是由东西洋输入的舶来品,

寻常所不经见的名词更多。假如教员先生故神其说,罗列些专门名词,讲解一个法律问题,真可以使着学生侧耳静听,莫测高深。其实,法律问题都是人事问题,都是关于人干的事体的问题——油、盐、酱、醋的问题,吃烟、吃饭、饮酒的问题;住房耕田的问题;买卖借贷的问题;结婚生小孩子的问题;偷鸡摸鸭子的问题。大而国家大事,小而孩童的争吵,都是人干的事体。从这些事情里边所发生的法律问题,我们若从浅处看,从易处看,法律并不是什么艰深而难了解的东西。假设我们依据对社会的经验和视察而研究法律,我们了解法律的程度一定增进不少。所谓社会常识即指对于社会人情之了解。我们中国旧日思想把“国法”、“人情”并列并重,其中大有真理在!

第二,须要有剖辨的能力。一般人批评事体,议论是非,判断曲直,往往囫囵吞枣,依据一句概括的成语或列举一个简单的例子,就敢轻下断语,其中不知道耽误了多少的事,冤枉了多少的人。从事法律职务的人评判和处决事情的机会更多,虽有法律可以依据,若是缺乏相当程度之剖辨能力,就不能找到问题之肯綮,就不能为适当之处置。对于人事之剖辨犹如对于物体之分析——一个大机器在表面上看不清楚,若拆开为机件,就可以知其构造;一个小药丸在表面看不出是什么东西,若用化学的方法分析,就可知道它所包含的原质;人事也是如此,其内情虽复杂,若剖辨起来,也不难知道人与人彼此关系之构成的元素。分析是科学方法,是科学精神,学习法律的人若是得不到剖辨的能力,若是不注意培养自己剖辨的习惯和精神,那就是等于没有受过法律的训练。

第三,须要有远大的思想。研究法律系研究人生的琐事。法律所支配所干涉的事体都是人与人之间常发生争端的事体。从事法律职业的人,直接处理那些争端,常常与坏事接触,常常与坏人接触,往往于不知不觉之中,熏陶渐染,淹埋于坏人坏事之中,以致堕落而不能自拔者,所在皆是。西洋在罗马的时代,即以法律为伟大的事业,有的法学家以仁爱讲法律,有的以法律为艺术为文学。到了近代以公道正义讲法律,以自由讲法律。最近美国著名的法学家,如侯木司氏(Holmes),如柯斗邹氏(Cardozo)等亦盛言:教授法律应以“伟大”的方法,应以“想象”的方法,应以“客观”的方法,教授法律。他们的意思是说应该提高学生的精神,超拔主观的影响,使人于理想的境界。辨理俗事的任务而有超俗的思想,此乃法律教育不可少之要件。

第四,须要有历史的眼光。法律问题是社会问题之一种。社会问题是社会整个的问题。不明社会的过去,无以明了社会的现在,更无以推测社会的将来。学习法律必须取得相当程度的历史知识,才能了解法律问题在社会问题中所占之位置,才能对于其所要解决问题为适当之解决。学习法律的人

必须能够把眼光放大,才能把问题认识得清楚。近年来法学的发达,历史的知识供给很多的帮助。其效果业已影响实际法律之适用。

我们以为,一个学习法律的人,于取得法律专门知识而外,他的学力的造诣必须得到了上边所说的那样的“法律头脑”的程序,他才能可以说是一个“用之不竭”的法律人才。“法律头脑”在中文里边没有这个名词,如英文之 legal mind,如法文之 esprit juridique,意义相似,而不尽同,即英法文中这两个名词也没有确定的意义;无论如何,它的意义的要点是说于学习法规之外必须得到一种法学的精神,才算是完成了法律教育。学习法律的人必须取得这样精神,他所学的机械的知识,才能变化而成为了解的认识。他的机械的法律知识才有了生机,有了动力,才可以说是死知识变为活知识,死法律变为活法律。

假设我们承认这种精神教育之必要,我们必须承认在可能范围之内尽量地扩充普通知识之训练;尤其是社会科学之训练。知识丰富,眼界宽大,自己的信仰力自然随着增加。我们要想实现法律教育之种目的,必须将现在各学校法律学系之功课加以变更。查现在法律课程之中,“成本大套”的法律功课,如民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等课目,占用时间太多,应该减少。社会科学的功课,如政治学、经济学、社会学、政治思想史,以及伦理、心理、逻辑、哲学各项科目,应该与法律并重,作为必修的科目,以便使学生对于整个的社会,全部的人生问题,得到相当的认识。近年来,我们中国及欧陆英美各国的法律教育都感觉到有这样改革的必要,亦都有这样改革的趋势,但都没有具体的改革计划。兹特揭明问题,希望国内法律专家予以教正。

摘自《公道、自由与法》燕树棠 著

清华大学出版社 2006 年版

· 声音 ·

与其说英帝国是被打垮的,不如说是自我解构的。与罗马、蒙古、德意志、日本等帝国的“斩钉截铁”相比,英帝国从来就具有一种犹疑和散漫的气质。

——剑桥大学政治系讲师刘瑜撰文说,每当英国人对他国实施暴行时,英国内部总有激烈的批评声响起。当一个帝国欲称霸世界却无法割舍言论自由时,它实际已经为自己的覆灭埋下伏笔

行政强制立法若干争议问题研究

姜明安*

2009年8月,十一届全国人大常委会第十次会议对《行政强制法(草案)》进行了第三次审议。由于各方对《草案》(三审稿)仍存在较大争议,常委会未能就相应争议问题达成共识,该法案最终未能交付表决而只能留待下次常委会继续审议。

那么,《行政强制法(草案)》(三审稿)中尚有哪些问题争议较大,迟迟难于达成共识呢?

这些问题可能是多方面的,主要者有以下三项:其一,行政强制设定权应如何配置?其二,行政强制实施体制应如何设计?其三,行政强制及其程序应遵循什么原则?

本文特对以上问题进行相关实践层面的探讨,并对此提出笔者的若干浅见。

一、行政强制设定权应如何配置

关于行政强制设定权的配置,人们存在的争议主要是:国务院应有多大的行政强制设定权?国务院部委应否赋予行政强制设定权?地方人大和地方政府应否赋予行政强制设定权?如应赋予,应赋予它们各自多大的行政强制设定权?

《行政强制法》(草案》(三审稿)对行政强制设定权是这样配置的:行政强制措施和行政强制执行均由法律设定;尚未制定法律,或者属于国务

* 姜明安:北京大学法学院教授,宪法与行政法研究中心主任。

院行政管理职权事项的,行政法规可以设定除限制人身自由、冻结存款汇款以外的行政强制措施(包括查封场所、设施或财物、扣押财物以及其他行政强制措施);尚未制定法律、行政法规,或者属于地方性事务的,地方性法规可以设定查封场所、设施或财物、扣押财物两项行政强制措施;法律对行政强制措施的对象、条件、种类作了规定的,行政法规、地方性法规不得作出扩大规定;法律中未设定行政强制措施的,行政法规、地方性法规不得增设行政强制措施。

这些规定意味着:(一)国务院只具有有限的行政强制措施设定权,其制定的行政法规不仅不得设定限制人身自由、冻结存款汇款两项行政强制措施,而且更不得设定包括排除妨碍、恢复原状等义务的代履行、加处罚款或滞纳金和执行罚、划拨存款汇款、拍卖或依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物等行政强制执行;(二)国务院部委不具有任何行政强制设定权,其规章不得设定任何行政强制措施或行政强制执行;(三)地方性法规只具有很有限的(仅两项)行政强制措施设定权而不具有任何行政强制执行的设定权;(四)地方政府规章不具有任何行政强制设定权,不得设定任何行政强制措施或行政强制执行。

相较于《行政处罚法》和《行政许可法》对国务院行政法规、国务院部委规章和地方人大的地方性法规、地方政府规章的授权,《行政强制法(草案)》(三审稿)的授权更加严格,更加狭窄。《行政处罚法》的授权是:国务院可以以行政法规设定除限制人身自由以外的所有法定范围的行政处罚;国务院部委可以以规章设定警告、罚款(限额由国务院规定)两类行政处罚;地方人大可以以地方性法规设定除限制人身自由、吊销营业执照外的所有法定范围的行政处罚;地方政府可以以规章设定警告、罚款(限额由地方人大常委会规定)两类行政处罚。《行政许可法》的授权是:国务院可以以行政法规设定所有法定范围的行政许可;国务院部委不得以规章设定任何行政许可;地方人大可以以地方性法规设定除资格、资质、企业、组织设立登记及其前置性行政许可以外的行政许可;地方政府可以以规章设定临时性行政许可(一年后失效或提请制定地方性法规)。

对于《行政强制法(草案)》(三审稿)就行政强制设定权的配置,有人认为不适当。不适当的理由各不相同,主要意见包括:其一,行政强制设定权应由法律保留,不应由法规(包括行政法规和地方性法规)和规章(包括部委规章和地方政府规章)分享;其二,行政机关不应被赋予行政强制设定权,但地方则应被赋予更多一些行政强制设定权(通过地方性法规行使);其三,应适当赋予规章一定的行政强制设定权,不赋予规章任何行政强制设定权不利

于行政管理;其四,行政法规和地方性法规虽应被赋予行政强制设定权,但应加以严格限制,应恢复《行政强制法(草案)》(一审稿)对行政法规和地方性法规赋予行政强制设定权的表述;尚未制定法律,“且”(而不是“或者”)属于国务院行政管理职权事项和地方性事务的,行政法规和地方性法规方可行使有限的行政强制设定权。

上述第一种意见显然不适用于现代社会的国家治理或公共治理,不仅在现代中国行不通,在现代社会,西方国家(特别是联邦制国家)也几乎没有这么做的。如果说,不赋予政府规章行政强制设定权在理论上能够成立,在实践中尚有可行性的话,那么,不给法规,特别是地方性法规,以任何行政强制设定权就既在理论上难以成立,在实践中更行不通。不给地方法规以任何行政强制设定权,地方法规没有任何“牙齿”,地方的公共治理将无法有效进行。美国著名公法学者施瓦茨认为,“从质上说,规章(相当于我国的行政法规、规章和其他具有法律效力的行政规范性文件的总和——笔者注)具有与法律相同的效力。它们的规定具有法律效力。它们有和法律同样的制裁措施作后盾。特别是它们具有以强制服从法律的刑事强制措施”。他引用格里蒙德的话说明规章规定强制措施,甚至规定刑事制裁措施的必要性:“行政规章用刑事制裁作后盾完全是出于需要。法律没有制裁就是空话。如果违反行政规章可不以刑事犯罪论处,就等于说行政规章没有‘牙齿’,不遵守它仍可逃之夭夭,这就会使有效地行使制定规章之权成为不可能。”当然,中国的法治环境和美国不一样,法律授予规章以行政强制设定权很可能导致滥用和对公民权利的侵犯,但如果我们连行政法规和地方性法规的行政强制设定权也一律取消,显然会严重影响公共治理的效力。

第二种意见虽然在中国现有语境下很有道理,笔者也基本认同。但目前(甚至在一个相当长的时期内)中国不具备这么做的条件:在现行体制下,全国人大立法能力很有限(全国人大一年只开一次会,全国人大常委会两个月开一次会,每次会期都只有一周左右,且人大代表和人大常委会委员绝大多数是非专职的),如果不赋予国务院行政法规较多的立法功能,国家管理将难以运行。而承担实际立法功能的行政法规如果没有行政强制设定权,其立法则难以有效发挥治理社会的作用。在行政立法的问题上,一贯持“控权论”观点的英国行政法权威教授韦德甚至也持开放态度。他在其经典著作《行政法》中指出,“传统的观点认为,行政立法是一个不得不予以容忍的祸害,它对于分权是一种不幸而又不可避免的破坏。然而,这是过时的观点,因为,实际上,问题的关键在于行政立法在实践当中是不可缺少的,而不在于理论上难以使其合理化……只要我们从实务的方面看一看,马上就会明了,行政机

关进行大量的一般性立法是必须的”。坚持控权法治的英国尚且如此,在我们这样一个法治发展中国家,完全取消最高国家行政机关国务院设定行政强制的行政立法权显然是不切实际和有害的。

第三种意见则忽视了目前中国公权力过于膨胀和往往导致滥用的现实。不赋予规章行政强制设定权显然会给当下相关行政管理带来某些不便,但赋予规章行政强制设定权则不能有效治理目前行政强制存在的“乱”和“滥”两大问题,而行政强制的“乱”和“滥”已构成对国民人权的威胁。权衡利弊,自然应以不赋予规章行政强制设定权为好。七年前制定《行政许可法》时,也有人提出立法不赋予规章行政许可设定权,行政管理就会无法运行。但《行政许可法》最终没有赋予规章行政许可设定权,行政管理却没有受到太大影响,而乱设许可和滥设许可的现象却得到了很大程度的扼制。诚然,我们在前面已经述及,在法治较发达的西方国家,行政规章通常可设定一定范围的行政强制。但是,我国目前的情况是行政强制过多过滥。在当下缺乏对规章制定权和制定程序严格法制规范的情况下,赋予规章行政强制设定权有太大的被滥用风险。

第四种意见认为,对行政法规和地方性法规赋予行政强制设定权应设定较严格的条件限制:尚未制定法律,“且”属于国务院行政管理职权事项和地方性事务的。目前《行政强制法》(草案)(三审稿)规定的条件是:尚未制定法律,“或者”属于国务院行政管理职权事项和地方性事务的。“且”意味着“尚未制定法律”和“属于国务院行政管理职权事项和地方性事务”的两个条件必须同时具备;而“或者”则意味着上述两个条件只要具备其中之一即可。也就是说,在“尚未制定法律”的情况下,即使相应事项不“属于国务院行政管理职权事项和地方性事务”,行政法规和地方性法规也可设定行政强制;以及只要“属于国务院行政管理职权事项和地方性事务”,即使已经制定了法律,行政法规和地方性法规也可设定行政强制。这样规定的倾向显然是意图适当扩大行政法规和地方性法规的行政强制设定权。杨建顺教授非常赞同这种扩大。他认为:“在立法政策层面,必须确立复数的、多维的视角,要充分认识到,‘强制’并不仅仅意味着权利的限制或者剥夺,义务的设定或者增加,负担的要求或者赋课,它还意味着对权利的实现或者张扬,义务或者负担的合理化,从而有利于构建和谐社会。”笔者认为,杨教授的这种观点是很有道理的:为了适应公共治理的需要,法律对行政法规和地方性法规的行政强制设定权不能限制过死,而应适当放宽。但是,法律在这里使用“或者”的表述似乎是不妥的:在已经制定了法律的前提下,如果法律未对行政强制作出规定,而行政强制对于公共治理又是非常必要的情况下,行政法规和地