

执法权研究

ZHIFAQUAN
YANJIU

鄂振辉◎著



北京出版社出版集团
BEIJING PUBLISHING HOUSE (GROUP)

文津出版社

执法权研究

ZHIFAQUAN
YANJIU

鄂振辉◎著

 北京出版社出版集团
BEIJING PUBLISHING HOUSE (GROUP)

 文津出版社

图书在版编目(CIP)数据

执法权研究 / 鄂振辉著. —北京: 文津出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 80554 - 523 - 3

I. 执… II. 鄂… III. 行政执法—研究 IV. D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 188203 号

执法权研究

ZHIFAQUAN YANJIU

鄂振辉 著

*

北京出版社出版集团
文津出版社 出版

(北京北三环中路 6 号)

邮政编码: 100011

网 址: www.bph.com.cn

北京出版社出版集团总发行

新华书店经销

北京同文印刷有限责任公司印刷

*

880 × 1230 32 开本 9.25 印张 220 千字

2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 80554 - 523 - 3

D · 25 定价: 25.00 元

质量监督电话: 010 - 58572393



序

国家权力是整个权力体系的核心内容，而执法权则是其关键性的运行环节。执法权至少有两个重要特征：第一，同每个公民的切身利益攸关。一个公民从出生到死亡，可以不与立法机关、司法机关发生直接联系；但是，他无法避免与执法机关或部门打交道和受其管辖。第二，比之于立法权和司法权，执法权更为活跃和更为积极，其触角所及的空间也十分宽阔。只此两方面已足以表明，国家权力极具现实的与广延的重要性。因此，执法机关和它的执法行为唤起全国或全社会的倾心关注，乃是必然的也是必需的事情。对于法学与政治学的学者，更是如此。

从人类社会的法制发展史看，凡是法治水平比较发达的国家，其执法权都受到法律的有效规制，从而使公民权利得到最大限度的保障。所以，在我国面临政治体制改革的今天，我们越发感到，执法权及其合理配置已成为我国政治体制改革最关键的环节之一。近年来，在这方面，中央先后做出了一系列的明确规定。举其要者：（1）2000年9月8日国务院发布了第63号文件，即《国务院办公厅关于继续做好相对集中行政处罚权试点工作的通知》所指出的，“目前，政府职能转变和行政管理体制改革尚未完全到位，行政机关仍在管着许多不该管、管不了，实际上也管不好的事情，机构臃

肿、职责不清、执法不规范的问题相当严重。往往是制定一部法律、法规后，就要设置一支执法队伍。一方面，行政执法机构多，行政执法权分散，另一方面，部门之间职权交叉重复，执法效率低，不仅造成执法扰民，也容易滋生腐败”。（2）中国共产党第十七次代表大会上胡锦涛总书记指出，要“完善制约和监督机制，保证人民赋予的权力始终用来为人民谋利益。确保权力正确行使，必须让权力在阳光下运行。要坚持用制度管权、管事、管人，建立健全决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的权力结构和运行机制。健全组织法制和程序规则，保证国家机关按照法定权限和程序行使权力、履行职责”。（3）温家宝总理在第十一届全国人民代表大会所作的《政府工作报告》中指出，要“深化政府机构改革。这次国务院机构改革方案，主要围绕转变职能，调整和完善行业管理机构，加强社会管理和公共服务部门，探索实行职能有机统一的大部门体制；针对职责交叉、权责脱节问题，明确界定部门分工和权限，理顺部门职责关系，健全部门间的协调配合机制”。当下，我国的大部制改革正在加紧进行中，所以，研究执法权的功能、属性、目的、运作及其配置等内容，是十分迫切和必要的。

继而，对行政权与执法权的关系予以较为细致的分析，突出地阐发执法权的特点，并借以厘清行政权与执法权的关系。作者指出：行政权是指由国家或其他行政主体担当的执行法律，对行政事务实施主动、直接、连续、具体管理的权力，是国家权力的组成部分。而执法权，是指国家行政机关、法律授权或委托的组织及其公职人员在行使行政管理权的过程中，依照法定职权和程序，贯彻实施法律，将法律运用到具体人、具体事的权力。在一般意义上说，执法权与行政权的逻辑关系是一种种属关系，即行政权是一个种概念，而执法权是一个属概念。行政权力从宏观的角度看由三部分构

成：内部行政权力（行政机关内部）；中间行政权力（行政机关与其他国家机关或法律授权委托的组织之间）；外部行政权力（行政机关针对第三人的权力），就是作为该书研究主题的执法权。从微观上讲，行政权由决策权、执行权、监督权三部分构成。执行权是执行法律、政策、命令的权力。在现代社会，政府管理事务不胜繁多，因而执行权的分量就显得举足轻重。所谓执法权，主要的乃是执行法律。在我国县、市政府，尤其如此。

我国改革开放 30 年来，在依法治国、建设法治政府方面取得了显著成效，但也的确存在一些不容忽视的问题，最突出的表现就是政府职能不清，执法部门分工过细，执行机关过于分散，进而造成相互扯皮，资源耗费，并给相对人带来很大负担。由于执法权没有按照法治的轨道合理配置，导致执法扰民，效率欠佳，公民、法人的正当权益得不到应有的保护。为此，在立法上单单强调规范政府行为是不够的，还亟须对政府权力，特别是执法权，进行科学与缜密的规制。

最后，在前论的基础上，通过把握古今中外执法权及其理论发展的轨迹，紧紧结合我国现实的国情，仔细探讨构建执法权的配置模式。作者提出，执法领域的问题不仅是执法行为规范与否的问题，更重要的在于执法背后的执法权力设定与配置问题，而这同样是我国面临的政治体制改革的一项重要内容。就我国而言，导致执法不力、执法扰民的最根本原因包括：受旧有传统观念的影响较深；对国家权力配置的重要性认识不足；国家权力设定，尤其是行政权与执法权设定中随意性强，缺乏法定性、严谨性、科学性、公开性。为了提高执法水平，保障公民权利，应从片面地注重研究执法行为的羁绊中解脱出来。

本书所研究的这些问题是颇有理论价值与实践价值的，字里行

间不乏创造性的闪光点。不难想象，这样一部专著，没有长期艰苦的探索 and 智慧的积淀，是不可能完成的。

本书作者鄂振辉是我在南开大学法学所担任首任所长期间指导的第一位硕士研究生，现任北京市委党校法学教研部主任，是法学博士、副教授；还担任中国行为法学会理事、北京市宪法学会理事、北京市行政法学会理事。她 1985 年毕业于中国政法大学法律系，1988 年在南开大学法学研究所获得硕士学位并留校任教，1994 年调入北京市委党校法学部工作。鄂振辉曾对我说过：她在北京市中高级党政领导培训的教学工作以及实际调研中，愈益感觉到执法权及其科学配置对于保障公民权的重要性。为此，决意着手研究执法权，耗时三年多，其间克服了诸多困难。我希望作者在今后的理论研究与教学实践中密切追踪这一课题，锦上添花，使自己的观点不断趋于完善。

吕世伦

于中国人民大学法学院

2008 年 3 月 27 日

内容摘要

自从国家产生以来，执法权一直是国家权力结构中最基本、最活跃的一项权力，也是被法学界特别是宪政学界所持续关注的问题。可以说，人类社会历史上任何一次重大变革，都与执法权有关联，这已被人类社会的法制发展历史所证明，如古希腊和古罗马的历次重大改革、欧美的资产阶级革命以及我国当前的社会转型。进入 21 世纪以后，伴随着我国社会主义市场经济体制改革的日益深化，政治体制改革也不可避免地被提上议事日程。要在我国不断推进依法治国方略，就必须依赖于真正的现代法治意义上的执法权的支持，这不仅是由依法行政在整个实施依法治国方略过程中的重要作用所决定的，而且也是作为一项重要法律制度的内在需求。从这个意义上来说，执法权的理论探究显得尤为必要。本文将分六章展开论述。

第一章主要探讨执法的概念与执法权的结构。以执法的涵义作为切入点，通过对“执法”一词的分析，从法理层面上剖析广义执法概念的逻辑错误，对执法的定义、特点进行概括与总结。在此基础上，总结出执法权的概念，即国家行政机关、法律授权或委托的组织及其公职人员在行使行政管理权的过程中，依照法定职权和程序，贯彻实施法律，将法律运用到具体人与事的权力，包括法律解

释权、实施行政处理权（处理形式主要有许可、征收、给付、确认和裁决）、进行行政检查、实施行政强制和科处行政处罚权。文章采取一种社会学法学派的路径，将执法权、行政权做如下理解：行政权包括三部分，即内部权力（行政部门之间的权力）、中间权力（与国家的立法机关、司法机关及社会中介组织之间的权力）、外部权力（对行政相对人的权力即执法权）。执法权是行政权中关于外部指向的那一部分权能。按照这一界定，很显然，执法权是行政权的主要权能，这尤其体现在当今的文明社会，因为在现时期，行政权主要通过执行法律才能完成其每个具体使命。

第二章主要从应然的角度探讨执法权的功能、属性与目的。本章指出，执法权的根本目的在于保护公民与法人的正当权利与利益，这是由执法权的功能与属性所决定的。执法权的功能是指执法权在实际运作过程中发挥的有利的、积极的作用，主要指它对执法对象、对社会、对国家的有利作用。执法权的属性就是执法权所固有的、基本的性质。把执法权的功能和属性放在一起进行分析研究，沿着“功能—属性”即从现象到本质的方法，不仅可以使我们能够相对清晰和立体地认识执法权，而且可以从执法权发生和发展的原因上对执法权进行一些相对深入的分析，以期完善对执法权的认识。从表象上看，执法权通过明确权力边界、严格控制权力行使及其程序以实现人权保障功能；通过依靠法律授权的强力将“应然”秩序变为“实然”秩序以实现秩序维护功能；通过与国家其他权力的协调统一、与社会的交流与互动以实现权力协调与社会沟通功能。然而，执法权上述功能的发挥又由其属性所决定，它与立法权、司法权比较而言，具有明显的强制性、效率性、服务性、反思性。事实上，本章在探讨执法权功能的同时，也是在叙述执法权的人权价值、秩序价值、效率价值和服务价值等价值性问题，从而

得出如下结论，即执法权的目的在于保护公民的权利与利益。

第三章主要探讨执法权与立法权、司法权、法律监督权的关系。国家权力是一个体系，而执法权只是这一权力体系中的一部分。国家权力只有当它由具体的立法权、执法权、司法权以及法律监督权等权力构成时，才体现出它的具体性。按照经典的权力分立理论，国家权力分为立法权、执法权和司法权，分别由立法机关、行政机关和司法机关来行使。本文赞成权力分立观点，但需强调指出的是，权力分立绝不应该意味着各权力之间是互不相干的，因为唯有承认各国家权力的相关性，它们才能形成制约关系。否则，就很难解释为什么某些国家的行政机关可以行使立法权、司法机关可以创制判例法，以及立法机关还拥有除立法权以外的许多其他职权。

而此处所谓的法律监督权是国家依法对立法、执法、司法活动进行监视、督促，对合法活动予以支持并对违法活动予以纠正或撤销的权力。一般来说，法律监督权存在两类基本模式：其一，在西方分权模式的国家中，法律监督权作为权力之间互相制衡的一种手段，立法权、司法权、执法权之间呈现为互为主体、互为对象的监督模式，是一种典型的制约结构形式。在这里，没有最高的监督机构，也没有不受监督的主体，立法、执法、司法互呈鼎足之势，形成一个交叉监督的关系。其二，在社会主义制度的国家中采取的是人民代表制的政治体制，人民代表大会是最高国家权力机关，其他权力均由该机关派生，司法、执法是权力机关之下的二级权力形式，最高权力机关通过自身及组成专门监督机关的结合方式实施法律监督权。我国人民代表大会的法律监督制度是整个国家法律监督体系的基础，这决定了国家法律监督体系只能是直线型复合结构。也正是基于对社会主义国家有关监督权设置的此种认识，本文特别

将法律监督权——经典三权分立理论中不视为一种独立的权力，单列为国家权力体系中的一支。

第四章阐述西方权力分立的执法权理论与实践。执法权作为国家行政机关独立的权能，是西方近代民主政治制度的产物。从西方社会的历史进程看，执法权与立法权、司法权的分离走过了一个渐进的过程。在西方的历史进程中，西方思想家从理论上不断丰富与完善主权在民、权力分立的执法权理念。与此同时，西方的政治实践家逐步将权力分立的执法权理念付诸实践，使得权力分立的执法权理论及其应用逐步趋于完备、科学与缜密。但是，由于西欧各国的历史传统与政治、经济、文化等发展状况不同，其权力分立模式以及相应执法权模式也不尽相同。例如，英国与美国虽然都是英美法系的代表国家，但其执法权的运作模式却大相径庭，美国强调三权分立，抑制执法权的优位（当然，从当前形势来看，执法权似乎有明显的扩张趋势）；英国强调议行合一，议会至上、议会主权，强调执法权对议会的服从。法国与德国尽管都是大陆法系的代表国家，但其执法权运作模式又各有其特点，法国借鉴美国的总统制，强调总统行政权的重要性，并辅之以总理重要的执法权，形成了执法的两头制；德国的执法权配置模式集英国与美国的做法于一身，既强调议会主权，又加强行政首脑总理的执法权强势地位。另外，从西方四国执法权模式的发展脉络还可以清晰地看出，英美法系与大陆法系有相互融合的趋势。

无论西方四国执法权具体的运作模式有何不同，但其基本理念是一致的，即国家权力要分立，职权要法定，国家权力要受法律的约束，并且都非常重视国家权力的科学配置。总之，正确的理念与严谨的制度设计是西方主要国家执法权模式运作成功的两大要件，而这恰好也是东方民族先天所缺乏的。

第五章阐述我国执法权配置的发展历史及其现行执法权体制。

我国执法权从古至今，经历了一个从立法、执法、司法三权不分，三种权力集于皇帝一身，到三种权力逐渐区分，一直发展到近现代吸收与借鉴西方发达国家的经验，三种国家权力逐步分开的漫长过程。在这一漫长的过程中，我国执法权的产生与演变经历了萌芽期、成长期、成熟期、外来影响变化期、改革转型期（我国现行的执法权体制）。在历经这五个发展阶段的过程中，我国的执法权伴随着中华文明的发展及封建统治思想的趋于完备，一步步从弱小到强大、从简单到精密，执法权与立法权、司法权交织在一起，共同构筑了数千年的封建国家权力体系。

尽管伴随着近代西方文明的渗入与前苏维埃政权的影响，我国的封建集权体系有所瓦解，但其构建国家权力体系的传统理念并未完全消失，对国家整体权力的运作仍产生着影响，如权力本位，对权力行使对象的权利过于轻视或重视不够，尤其是在执法权的运作上，权力过度集中，甚至越权行使，与立法权、司法权相比较而具有极大的优势。在执法权内部，强调各个权力部门的势权，而忽略各执法权力部门的协调配合，历来我国法律规定中缺少各执法部门协调配合不当或不配合而造成的执法不力所应承担法律后果的制裁条款。这在我国各个朝代的执法权设置中都不同程度地有所反映。由于缺少各执法部门之间的权力与责任的法律制度的制约，为了保证执法的效率与目标，唯一的出路就在于选拔最优的人掌管重要的权力——执法权。

因此，历代的封建统治者都非常注重科举制，并辅之以监察制，这在本章的论述中可以得到证明。新中国建立后，无论在理念上还是在执法权的配置上我们都试图摒弃封建主义的专制影响，以马克思主义为指导构筑起一个全新的、先进的当代国家权力体系。

这在建国以来进行了尝试并且在国家权力体系的设计与实践取得了一些成果，如废除领导终身制、强调国家权力有分工、执法权要受法律制约等等，但是由于历史、国情与世界形势变化诸多因素的影响，我们仍处于构筑当代科学、完备的执法权体系的探索阶段。

第六章分析我国现行执法权配置存在的问题及改革路径。我国自 20 世纪 80 年代改革开放以来构筑的执法权力体系在运行了近 30 年后，面对着市场经济体制改革的逐步深化、加入世界贸易组织等形势的变化，遇到了前所未有的挑战。本文以为，考虑到执法权实际上的“强势”地位，考虑到我国长期以来的官本位观念，因而在很大程度上，当前的改革开放能否深入持久以及面临的各种新问题（如教育与医疗卫生等问题）能否有效解决，都依赖于我国执法权体制的健全与完善。

实践证明，现行的执法权体制存在着一定的缺陷：一方面，行政机关仍在管着许多不该管、管不了，实际上也管不好的事情，其典型结果或表现就是机构臃肿、职责不清、执法不规范。另一方面，部门之间职权交叉重复，执法效率低，不仅造成执法扰民，也容易滋生腐败。从而导致有时执法权的行使背离执法权设置的最终目的，制约了执法权效率的正常发挥。以上问题的症结在于：我国关于政府权力的组织立法柔性有余，刚性不足；法律条文简单粗糙，缺乏可操作性，为人治因素、权治因素留下很大空间；组织法律制度设计上只注重执法权力划分，没有各权力部门的相互协调与责任。

改革开放以来，虽然我国也进行了几次行政体制改革，取得了一些成效。但是由于缺乏法律制度层面上全面合理的科学设计，几次改革所付出的成本与目的设计呈现鲜明的反差。更值得注意的是，几次改革由于缺乏整体法律制度设计与法律制度制约，单纯依

靠中央编制委员会的政策性文件，从而反弹性大、稳定性差。而国外执法权法律设置的经验与我国改革开放以来几次行政体制改革的教训昭示我们，必须依靠科学的法律制度来健全与完善我国现行执法权体制，除了已经被广泛认识到的诸如紧缩编制，建立文明、高效、公正、廉洁的执法队伍等方面外，从法学角度讲，尤其应注意如下方面：第一，加强政府组织立法，实行刚性组织法与柔性行为法相结合；第二，控制执法机关的进口与出口，建立并实行权级协调、权能适应与动态的执法权体制。

关键词：执法权 国家权力配置 执法权体制 执法权配置的模式

Abstract

Since the country came into being, the law enforcement power, to which had been paid so much attention by the experts and scholars of law science, has been one kind of the most important and living power in the state powers. Actually, the history of human's law system has proved that every great change of human society was related to the law enforcement power. After entering twenty-first century, with the deepening of the reform of the socialist market economy, the reform of political system is inevitable. The law enforcement power in the modern sense of ruling of law is essential for carrying out continuously the policy of ruling of law. This not only is determined by the substantially important part which administration by law plays in carrying out the policy of ruling of law, but also is intrinsic demand of an important legal system. Therefore, the research on the law enforcement power is of substantial importance. This thesis elaborates on the law enforcement power from the six aspects.

The first chapter of this thesis discusses mainly the concept of law enforcement and the structure of law enforcement power. Starting from the implication of law enforcement, this thesis, through a semantic analysis on law enforcement, analyzes the logic error of the term

of law enforcement in the broad sense from the juridical angle, sums up and generalizes the definition and characteristics of law enforcement. Further it gives a definition of law enforcement power, that is, law enforcement power is the power of enforcing law through statutory power and statutory procedures in the process that state administrative organs, authorized organs and entrusting organs and administrative functionaries exercise their powers. The law enforcement power should include: the power of interpreting laws, the power of administrative disposal, the power of administrative supervision, the power of administrative coercion and the power of administrative penalty. The administrative power is composed of three parts: the internal power, the medium power and the external power. If the internal power and state's other powers can't be assigned properly, there will be a negative influence on the rights of citizens and legal persons and even the rights of social subjects will be damaged. The law enforcement power is the part of the external power of administrative power. Obviously the law enforcement power is a main function of administrative power. Especially in the present civil society, the administrative power is exercised mainly by enforcing law.

The second chapter of this thesis discusses the function, the attribute and the purpose of law enforcement power from the perspective as it ought to be. This thesis points out that, the fundamental purpose of law enforcement power, determined by the function and the attribute of law enforcement power, is to protect the legitimate rights and interests of citizens and legal persons. The function of law enforcement power refers to the favorable and positive role law enforcement power plays for objectives of enforcing law, society and state in the

process of enforcing law, whereas the attribute of law enforcement power refers to its basic nature. Putting together the function and the attribute of law enforcement power into studying and analyzing can not only understand law enforcement power more clearly, but also more deeply analyze law enforcement power in terms of the developmental cause of law enforcement power in order to understand law enforcement power in a all-round way. Superficially, law enforcement power realizes the function of ensuring human rights by delimiting powers and controlling strictly the exercise of powers and its exercising procedures, realizes the function of maintaining procedures by changing the procedure as it ought to be into the procedure as it is through legal authority and realizes the function of power coordination and society communication by coordinating with the other state powers and communicating with society. Nevertheless, the above function of law enforcement power is determined by its attribute. Compared with legislative power and juridical power, law enforcement power has its characteristics, such as compulsion, efficiency, service, reflection. In fact, this thesis discusses the function of law enforcement power, at the same time, it also discusses the value issues of law enforcement power and finally comes to the conclusion that the purpose of law enforcement power is to protect the rights and interests of citizens.

The third chapter discusses mainly the relationship among law enforcement power, legislative power, juridical power and law supervisory power. All kinds of state powers consist of one system, in which the law enforcement power is one part of them. Does the state powers represent its specific characteristics only when they consist of concretely legislative power, juridical power and law enforcement power.