

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第一辑



商務印書館

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 一 辑

主 编：胡建森

副主编：孙笑侠 赵世义

商 務 中 書 館

2002 年秋 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第1辑/浙江大学公法与比较法研究所编. —北京:商务印书馆, 2002

ISBN 7-100-03527-9

I. 公... II. 浙... III. 公法-研究-文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 039965 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

公 法 研 究

第 一 辑

浙江大学公法与比较法研究所 编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

中 国 科 学 院 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-03527-9 / D·302

2002 年 10 月第 1 版

开本 787×960 1/16

2002 年 10 月北京第 1 次印刷

印张 25 1/2

印数 4 000 册

定价:38.00 元

顾问：

罗豪才 许崇德 陈光中
应松年

编委会：

李龙（主任）

（以下以姓氏笔划为序）

公丕祥 孙笑侠 朱苏力
张文显 姜明安 胡建淼
夏 勇 徐显明 韩大元

编辑组（以姓氏笔划为序）：

朱新力 阮方民 张国清
陈信勇 赵世义 章剑生

助理编辑：

季 涛 金承东

前 言

法治昌明,莫基于私法发达,更有赖于公法兴盛。自罗马法学家乌尔比安以来,公、私法的划分几经沉浮,到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美法系,甚至一度与西方法制决裂的前苏联及东欧诸国,在当代也无力抗拒公、私法的划分。

导控公权力行使的法律即公法,探究以公法导控权力之精神、制度与技术的学问为公法学。无公法则权力不受制约,公法学实与一国法治文明唇齿相依。布丹以《国家论六卷》首开近代公法学先河,至拿破仑时代编纂一系列公、私法典,法国率先进入法治国家行列。德国公法学姗姗来迟,19世纪末始有公、私各项法典,直到二战后法治复兴,公法学名家鹊起,臻于繁盛,德国终能忝列法治强国。

两千年来,中国法制诸法合体,法律既无部门区分,亦无公、私法之划分。清末丁韪良金译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观,清末修律、北洋立宪至国民政府颁行《六法全书》,近代法制形式始告确立。然志士有心,时势无情。废除《六法全书》以后,步前苏联后尘,中国一度法治废弛,法律沦为权力的工具,以致法制崩坏,动乱迭起,国家与民众倍遭祸殃。历经半世纪沧桑岁月,法治国家已成人心所向、大势所趋,公法学也随之生机重现。而与国家法治化的进程、私法学繁荣的气象相比,公法研究仍显先天不足,后天乏力。

有感于此,我们愿以绵薄之力,与海内外同仁戮力齐心,共举《公法研究》之事业,为公法学掘一泓清泉、开一畦绿地。

浙江大学公法与比较法研究所

《公法研究》编辑部

2002/6/2

目 录

中央行政组织法律问题之探讨	应松年 薛刚凌 (1)
论德国的行政强制执行制度及理论	胡建森 (22)
论司法对行政的合理性审查	孙笑侠 (49)
情报公开法若干问题研究	刘 莘 吕艳滨 (64)
中美政府公开制度异同	周汉华 (79)
论日本行政上的即时强制	朱新力 (103)
行政听证的法理基础及观念提升	金承东 (109)
论行政法的不成文法源	方 洁 (124)
行政裁决辨析	黄 铭 (160)
宪法诉讼的法治价值	韩大元 刘志刚 (173)
法国宪政院与人权的宪法保护	张千帆 (198)
1946 年政协会议“宪法草案案”的宪政模式辨析	石毕凡 (233)
从古代雅典看直接民主制的局限	任端平 宋凯利 (256)
试论社会现实与宪法规范冲突的解决	彭章衡 (267)
也论法治	戚 渊 (274)
波斯纳立场:法律根基的失落及其后果	张国清 (304)
批判法学对法律社会学研究的若干启示	陈信勇 (314)
“权力制约”概念辨析	胡玉鸿 (321)
法律与基因的对话	胡瓷红 (343)
浅论我国反洗钱刑法立法发展及其特点	阮方民 (357)

2 公法研究

内地与台湾妨害公务罪之比较 杨建广 杜 宇 (369)

我国民事诉讼中的证明责任制度辨析 翁晓斌 (378)

随笔三则

(一)“两线伦理” 龙宗智 (392)

(二)“小处不可随便” 龙宗智 (394)

(三)我们对“世纪大审”的大审 范忠信 (396)

中央行政组织法律问题之探讨

——兼论中央行政组织法的完善

应松年 薛刚凌

中央行政组织,是指国家设置的担当中央行政事务,行使行政权的中央人民政府及下属行政机关的集合体。目前,我国的中央行政组织由国务院、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构、部委管理的国家局以及议事协调机构等构成。严格地说,中央在地方的分支机构也属于中央行政组织的范畴。但和中央行政机关不同,他们的管辖仅涉及一定行政区域,而不及于全国。这些地方分支机关靠中央财政负担,是国家在地方的直接代表。

虽然中央行政组织的存在和国家的存在一样久远,但中央行政组织存在的理由却并不相同。在现代国家,中央行政组织建立在人民主权基础之上,基于人民的同意才能存在。人民通过立法来设置行政组织,并委之于行政权力。因此,中央行政组织涉及一系列重要法律问题。

一、中央行政组织的权力

中央行政组织的权利包含两个层次:一是中央行政组织的整体权力。这通常规定在宪法中,但由具体的中央行政组织法予以细化。二是中央行政组织中各个行政机关的权力。这通常由中央行政组织法予以规定。

我国《宪法》第89条对中央行政组织的整体权力做了原则规定,但并不明确。虽然,《国务院关于实行分税制财政管理体制的规定》根据财权与事权相一致的原则,规定中央财政承担以下费用:国防费,武警经费,外交和援

2 公法研究

外支出,中央级行政管理费,中央统管的基本建设投资,中央直属企业的技术改造和新产品试制费,地质勘探费,由中央财政安排的支农支出,由中央负担的国内外债务和还本付息支出,以及中央本级负担的公检法支出和文化、教育、卫生、科学等各项事业费支出,^①但中央财政负担的费用与中央银行组织的权力并不完全一致。中央对一些由地方财政负担的行政事项,仍有最后决定权。

对中央行政组织的整体权力,有必要在法律上做出明确规定。这是因为:

第一,从人民主权的角度考虑,中央行政组织的权限来自于人民的委托,究竟人民赋予中央行政组织多大的行政权,需要法律的严格界定。这里涉及国家权力与个人自由的关系,法律必须明确。当然,在设定中央行政组织的整体权力时,要考虑到国家、社会中介组织与个人权利的分配。属于个人自治范围内的事情,或者宜由个人自己经营、自我管理的事情,国家不应干预。凡是可由社会中介组织承担的公共事务,尽可能地交由社会中介组织完成,如行业管理等。国家承担的应当是不能不承担的基础性的管理工作。

第二,依法行政的要求看,中央行政组织的活动要有法律依据。任何行政机关都必须在法定权限范围内活动,中央行政机关也不例外。因此,中央行政组织的整体权力需要法律的明确规定。

第三,从保护地方的利益出发,需要限定中央行政组织的权力范围。改革开放20年来,地方的利益得到了相对肯定。因而从法律上明确中央与地方的各自的权力范围,将有利于地方的发展。究竟应赋予中央行政组织多大的权力,尚需要系统深入研究。具体地说,要解决三方面问题:

(一) 中央行政组织的主管事项

一般来说,中央行政组织的主管事项有三类:第一类是中央行政组织的

^① 该《规定》于1993年12月15日制定,1994年1月1日起施行。

专属事项,即由中央行政组织决策并直接执行的事项;第二类是中央和地方的共管事项,即由中央行政组织决策,由地方执行的事项;第三类是中央行政组织的监督事项,即由地方行政组织决策并执行的事项,但受中央行政组织监督。

确立中央行政组织专属事项的标准是:涉及国家重大利益的事项,如外交、国防、货币、度量衡、邮政、行政区划调整、海关、对外贸易政策、国债等,要由中央行政组织统一负责。中央行政组织的专属事项由中央行政组织与其在地方的分支机构承担,与地方各级人民政府及职能部门无关。

确立中央与地方共管事项的标准是:涉及全国性的比较重要的行政事务,如公安、民政、民族事务、计划生育、城乡建设等,可由中央和地方共同承担。对于中央和地方的共管事项,要在中央行政组织与地方行政组织之间进行合理分配。一般来说,这些事务由中央决策并提供一定的财政支持,由地方执行。

至于中央行政组织进行监督的事项,主要是地方专属事项。对这些事项,中央行政组织不能直接干预,但可以依法进行监督,以确保行政目标的实现。

当然,以上仅是列举式的说明。中央行政组织的专属事项和共管事项的确定,是一个庞大的工程,这将需要对目前中央行政组织管理的事项逐项进行分析论证。

(二) 中央行政组织的权力形式

对不同性质的行政事务,中央行政组织只能采用不同的权力形式。对专属事项,中央行政组织应享有抽象的制定行政法规、规章和具体的做出处理决定的权力。对共管事项,中央行政组织应具有制定行政法规、规章的权力,但具体处理权应归属于地方。对监督事项,中央行政组织既没有制定抽象的行政法规、规章的权力,也没有具体的处理权力,但可以依法行使监督权。

中央行政组织行使抽象权力,制定行政法规、规章时,能否为相对人设

定权利义务,在《立法法》、《行政处罚法》中已有部分规定,但规定得并不完整,需要在中央行政组织法中予以明确。中央行政组织行使具体权力时,可采用哪些手段,也需要进一步的规定。

(三) 中央各行政机关的权力

我国目前对中央各行政机关的权力尚无法律统一规定,其规定仅散见于单行法律法规中,并且单行法律法规对中央行政机关权力的规定比较原则,缺乏具体性和可操作性。如《医疗器械监督管理条例》^①第4条规定:“国务院药品监督管理部门负责全国的医疗器械监督管理工作。……国务院药品监督管理部门应当配合国务院经济综合管理部门,贯彻实施国家医疗器械产业政策。”上述规定说明,国家医疗器械的产业政策由国务院经济综合管理部门制定,国务院药品监督管理部门主要负责监督管理。至于上述行政机关在医疗器械管理方面究竟有哪些权力,并不明确。

实践中推行的“三定”规定对中央各行政机关的职能配置和权力规范发挥了一定的作用,但存在许多问题:第一,“三定”规定虽然规定了各行政机关的职能,但“三定”规定由行政机关自行设计而成,没有民众参与和科学论证。第二,“三定”方案并没有从根本上解决职能重复、交叉问题,中央行政机关仍存在一定程度的职能交叉。第三,“三定”方案的法律性质不明确。既不是行政法规,也不是规章。在性质上接近于行政机关的内部规定,所以更改起来容易,对行政机关缺乏刚性约束。

二、中央行政组织的管理体制

这里主要涉及中央行政组织与地方组织的关系。在不同国家,由于国家结构不同,各国中央行政组织的主管事项不同,因而其管理体制也有很大

^① 该《医疗器械监督管理条例》于1999年12月28日由国务院第24次常务会通过,于2000年1月4日公布,于2000年4月1日生效。

差异。从国外情况看,中央行政组织的管理体制主要有四种:

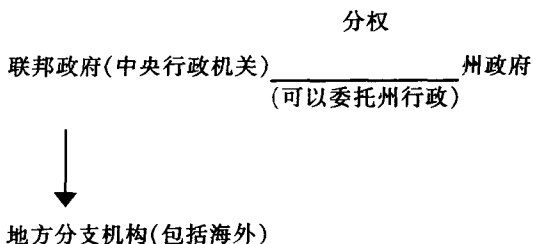
(一) 美国式的联邦垂直管理体制

在美国,联邦和州的分权主要是行政事务的划分。联邦政府有专属事务,也有共管事务。由于美国是联邦制国家,因而联邦政府对州政府没有行政上的监督权,但可以依法通过司法途径对各州实施法律监督。

联邦政府无论是管理专属事项还是共管事项,都由联邦设置行政机关承担。如美国联邦环保总署除了在华盛顿设有总部外,还设有 11 个办公室分布于美国各地。美国联邦政府的分支机构直接隶属于政府总部,其人、财、物受总部管辖,受总部节制。从严格意义上说,联邦政府在各地的分支机构都属于联邦行政组织的范畴。美国联邦政府的管理体制见图一。

这种垂直管理体制的优点在于能迅速忠实执行上级决策,不受地方干预,其不足在于难以取得地方合作。

图一 美国联邦政府管理体制



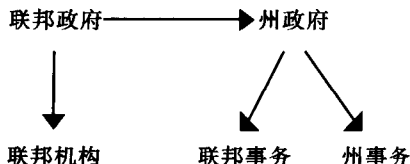
(二) 德国式的分级管理体制

德国虽然也是联邦制国家,但联邦与州的分权主要不是行政事务的分权,而是管理环节的分权。一般来说,法律、政策的制定在联邦一级,而法律的执行则属于各州的事务。各州可根据具体情况设置行政机关负责法律的执行。对于例外的必须由联邦自行执行的事项,则要设置联邦行政机关执行。如根据《德国基本法》第 87 条、第 89 条的规定,联邦外交事务、联邦财政、联邦水路和行运由联邦行政机关和下属行政机构予以管理。

州对联邦法律的执行分两种情况:一种是作为州自己事务的执行。即各州通过其行政机关或者行政主体将联邦法律作为自己的法律执行。^①当法律没有特别规定时,适用此种执行。按此种方式执行时,各州占主导地位。各州的执行权是主要的,但联邦有权参与设置行政机关,制定程序规则,发布一般行政规定,以及监督执行行为的合法性。执行费用由各州支出。^②另一种是作为联邦委托事务的执行。和上一种执行方式相比,在此种执行中,联邦有更大的参与权。联邦不仅有权制定有关执行方式和一般行政规定,而且有权审查执行的合目的性,并且发布相应的指令。此外,该种执行的费用支出由联邦负担。^③德国的联邦政府管理机制见图二。

德国的分级管理体制一方面能充分利用各州的机关、人事资源,避免在州政府外设置第二套机关而导致资源的浪费;另一方面能发挥各州的积极性和创造性,从而有利于行政效率的提高。其不足在于联邦行政依赖于各州的配合,缺乏直接实施行政的手段。

图二 德国联邦政府管理体制



(三) 法国式的国家垂直管理体制

法国是单一制国家,但国家行政与地方行政分立。地方行政由地方自治团体担任,不受国家的直接干预。国家行政分为中央与地方两部分,相应地,国家行政组织包括中央行政组织和地方行政组织两部分。中央行政组织包括总统、总理、部长和一些咨询机关,其管辖范围及于全国。地方行政组织作为国家在地方的代表,在一定区域内执行中央行政机关的事务,行使

① [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525页。

② 见《德国基本法》第84条的规定。

③ 见《德国基本法》第85条的规定。

中央行政机关下放的权力。^① 地方行政组织管辖的区域,在很多情况下和地方自治团体的区域相同,但与地方自治机关分别设立。地方行政组织的设置是国家公务实施的一种组织技术,目的在于实行权力下放制度,提高行政效率。^② 地方行政组织设有省和大区两个层次。在省之下还设有专区,是省政府的派出机关。和中央行政机关一样,地方行政机关也分为一般权限的行政机关和专门权限的行政机关。前者管理综合性和全面性的国家公务,是最重要的地方行政机关,后者是中央各部设在地方上的行政机关。各部在地方上设立分支机构,一方面为了在全国各地执行中央各部的决定,另一方面为了把一部分公务的决定权力,下放到地方机构,根据当地的情况做出决定。在 20 世纪 60 年代以前,中央各部把部分决定权直接下放到地方分支机构,但以后进行了改革,各部的权力必须首先下放到一般权限的地方行政机关,再由后者分配到专门权限的地方行政机关。

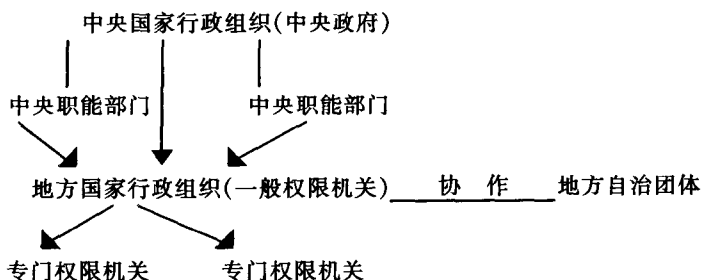
从一定程度上说,法国的国家管理体制类似于美国的联邦管理,即在地方设置垂直分支机关实施联邦或国家公务。但又有两方面的差异。一是美国是联邦制,各州的权力较大,并为美国宪法规定;而法国是单一制国家,地方团体的权限相对较小,国家行政的范围较宽。二是美国不设有综合性的地方分支机关,其地方分支机关的管辖区域也常与各州的辖区不相一致,而法国则在地方设有综合性的地方国家行政机关和专门权限的地方国家行政机关,并由综合性的行政机关负责国家行政在地方的实施。法国的国家行政管理机制见图三。

法国模式的特点是国家行政与地方行政分立,国家行政与地方行政分别由两套行政组织系统承担,而且地方国家行政机关的设置比较整齐。

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 58 页。

② 同上书,第 66 页。

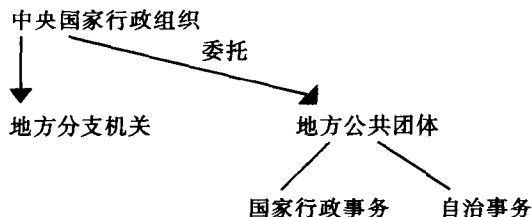
图三 法国国家行政管理体制



(四) 日本式的国家行政管理体制

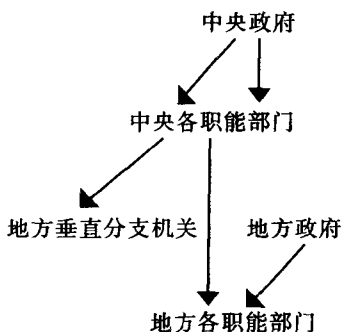
日本的国家行政管理体制是法国与德国模式的混合。一方面,和法国类似,日本也是单一制国家,也实行国家行政与地方行政的分立;另一方面,和德国一样,国家行政的决策权集中在中央国家行政组织,国家行政在地方的实施主要委托地方公共团体完成。在少数情况下,国家也设置地方分支机构来直接履行国家行政职能(日本的国家行政管理体制见图四)。

图四 日本国家行政管理体制



和上述国家相比,我国与日本的模式比较接近。首先,行政决策权由中央行政机关行使,地方国家行政机关则负责决策的执行。其次,国家行政在地方的推行,绝大多数情况下依赖地方行政机关,仅在极少数领域实行垂直管理。和日本不同的是:其一,我国不存在国家行政与地方行政的严格划分,所有的公共事务都归属于国家。其二,地方行政机关大多接受双重领导,即受同级人民政府的领导和国务院主管部门的领导(我国的中央行政组织对地方的管理体制见图五)。

图五 我国现行中央行政组织对地方的管理体制

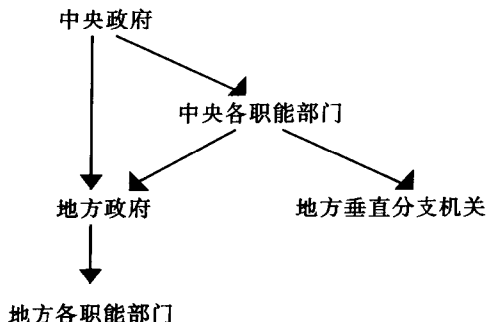


在我国中央和地方的关系上,需要解决的问题之一是有无必要维持目前的双重领导体制。我国中央对地方的双重领导体制形成于建国初期。1954年制定的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府法》第40条就已明确规定:“省、直辖市人民委员会的各工作部门受人民委员会的统一领导,并且受国务院主管部门的领导。……”1979年制定的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府法》继续肯定了该制度。该法第40条规定:“省、自治区、直辖市的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导,并且受国务院主管部门的领导或者业务指导。……”其中,地方政府的领导主要是在机关设置、人事管理、经费使用和管理行为的控制方面;而国务院主管部门的领导则主要体现在政策上的领导,以及项目批准和管理上,但对地方行政机关没有直接的控制权。

目前实践中的这种管理体制存在三方面问题:第一,难于保证国务院主管部门政策的执行。由于国务院主管部门对地方行政机关没有直接指挥权,更缺乏对地方政府的直接控制,因而,当地方行政机关不执行国务院主管部门的政策时,没有相应的机制纠正。第二,难于保证地方行政管理的统一与协调。由于在主管事务上,地方各行政机关分别受国务院主管部门领导,因而不利于地方政府的统一管理,容易造成各自为政,有些领域的管理还难于得到地方政府的支持,如环境保护管理等。第三,难于控制地方政府的规模。政府对政府,部门对部门的管理思路,极易造成机构林立,规模失

控。目前我国地方政府的规模庞大在很大程度上就是这种双重领导体制的直接产物。鉴于双重领导的上述弊端,有必要改革。我们认为可借鉴国外经验,建立单一领导体制,即国务院和其职能部门直接控制地方政府,但职能部门的控制主要是在政策和执行手段上(具体如图六)。

图六 拟建立的中央行政组织对地方的管理体制



三、中央行政组织的结构

中央行政组织的结构,是指中央行政组织由哪些类型的行政机关组成、组织层次和管理幅度。中央行政组织结构的合理与否,直接决定了中央行政组织的权力能否受到有效制约,能否合理行使,也决定了管理的效率。从行政实践来看,中央行政组织的结构需要解决两方面的问题:一是中央行政机关的类型,二是中央行政组织的管理层次和幅度。

(一) 行政机关的类型

中央行政机关的类型,与中央行政组织的职能相关。一般来说,中央行政组织的职能分为决策、执行、监督、咨询四种。这四种不同性质的职能,要求建立与之相适应的四种不同性质的行政机关。^①

^① 邹鈞主编:《日本行政管理概论》,吉林人民出版社1986年版,第71页。