目录

“整体性治理”理念下的城市管理执法体制改革研究.....金国坤（1）
通关一体化改革的法律思考.....王丽英（8）
行政执法检察建议的缺陷与完善.....张显伟 陈伟斌 李锦辉（16）
当前我国公共决策：原则、程序类型与发展.....朱海波（30）
我国医疗服务监督执法的困境与出路.....张博源（43）
电子商务监管措施：类型、问题及对策.....刘权（51）
论区域府际合作治理与区域行政法.....刘云甫 朱最新（66）
论区域行政执法合作中的地方自主权.....何渊（74）
论区域府际信息共享的法治化.....谈萧（92）
论区域经济一体化中政府合作的执法协调.....石佑启 潘高峰（105）
区域一体化中府际间利益的法制协调.....杨治坤（114）
论环境联合执法及其法律规制.....黄喆（126）
论区域行政执法合作.....杨桦（135）
行政执法与刑事司法衔接机制的模式选择与必要机制构建...钟碧莹 何国强（144）
论行政决策不作为法律责任之追究.....陈咏梅（151）
行政调解民商事纠纷及其法制化.....杜承秀 邓搴（161）
意思表示与环境行政合同.....梅献中（172）
软法视域下的互联网治理.....陈可翔（183）

“整体性治理”理念下的城市管理执法体制改革研究*

金国坤**

摘　要：城市管理执法体制改革，既需要通过大部门制改革，合并相近的职能，以避免交叉重叠，更需要建立起城市管理执法机关间的协作配合关系，根据“整体性治理”的理念，在职能分工的原则下形成以人民政府为责任主体、各管理执法部门相互配合协作的城市管理执法体系。

关键词：整体性治理；城市管理；行政执法体制改革

深化城市管理执法体制改革，全面开展城市管理综合执法，涉及城市管理执法主体、执法依据、执法权限、执法程序和法律责任等诸多法律问题，需要在及时总结城市管理综合执法工作实践经验的基础上，根据行政法治原理原则，就城市管理综合执法体制机制中存在的问题从理论和实践层面上进行深入研究和探讨。实行综合执法后，综合执法机关与原行政主管机关之间的关系，综合执法机关相互之间的关系，则是在城市管理执法体制改革过程中必须加以研究处理好的一个关键问题。只有建立起城市管理执法机关间的协作配合机制，构建完善的城市管理执法体系，并将行之有效的体制机制改革的成果法定化，才能真正发挥城市管理综合执法的整体优势，实现城市管理执法体制改革的总体目标。

一、当前城市管理执法体制中存在的主要问题

1996 年《行政处罚法》实施后，根据该法第 16 条关于“相对集中行政处罚权”的规定，各地进行了城市管理行政执法体制改革。这一改革集中了若干有关城市管理执法部门的行政处罚权，建立了统一的城管执法组织，初步改变了“七八个大盖帽围着一个破草帽”的状况，执法效率得到明显提高。就北京市城管执法组织而言，各区县城管监察大队从最初行使的只是市容环境卫生、园林绿化、城市规划管理中对无证违法建设、道路交通秩序管理中对违法占路和工商行政管理中对无照商贩的处罚权等 5 个方面，扩充到目前的 13 类 311 项，远远超出了市政市容监察的范围，演变成为真正的城市管理综合行政执法组织。但随着城管执法机关职能的日益增加，机构队伍的不断膨胀，在城市管理执法中产生了许多新的问题，阻碍了城市管理执法的有效运行：

1．城市管理执法机构众多。城管综合执法的综合是相对的，城管执法机关并不是惟一

*本文系 2015 年北京行政学院重点调研课题“北京市深化行政执法体制改革研究”（2015XZD002）的阶段性成果。

**金国坤（1962-），男，中共北京市委党校、北京行政学院法学部，教授，法学博士。

的相对集中行使行政处罚权的机关。1997年北京市各区县成立城管监察大队不久，2000年北京市又成立了交通执法总队，负责全市公共交通、公路及水路交通行业的综合执法工作。2005年北京市文化市场行政执法总队成立，负责集中行使法律、法规、规章规定应由省级文化、广播电视、新闻出版(版权)等行政主管部门行使的行政处罚职责。行政管理执法机构并没有因为城管综合执法部门的成立而减少，而是在不断增加。《相对集中行政处罚权办法》授权城管执法组织集中行使交通运输管理方面的有关处罚权，新成立的交通执法大队行使对违法违章行为、对经营者及从业人员的违法行为、对未经许可擅自从事道路运输的违法行为、对非法从事出租汽车运营行为实施行政处罚，再加上公安交通管理部门对违反交通管理法规行为的处罚，形成了新的道路交通管理行政处罚权的交叉重叠。结果是交通管理楚河汉界，对于违法停车，马路牙子之上的由城管管，马路牙子之下的由交管负责，占用绿化带停车的又由园林部门负责。

2．城市管理执法权力分散。对违法建设的处理，涉及到规划、国土、城管、公安、住建、环保、市政、属地基层政府等很多部门，规划部门只负责查处颁发许可证后擅自更改规划的建筑，没有规划许可证的违法建筑由城管部门负责拆除；建筑内部如果横向隔断属于更改房屋使用面积由规划部门查处，而竖向隔断由房管部门查处。无照经营“门内”归工商管，“门外”归城管管。在室内烧烤由环保部门管，在室外烧烤由城管部门管，有人在窗台上烧烤结果谁都不管。在垃圾废品回收管理中，生活垃圾由市政市容部门管，建筑垃圾由住建部门管，电子垃圾由经信部门管，园林垃圾由园林绿化部门管，有毒有害垃圾由环保部门管，医疗垃圾由卫生部门和环保部门管，垃圾回收资源化利用由商务部门管。实际上，在收集的前端、运输的中端和处理的后端，各种垃圾废品很难完全分开，管理的碎片化直接影响了管理的实际效果。

3．城市管理执法过程脱节。行政许可权、行政监督检查权、行政处罚权、行政强制权，在行政管理中本来是一个链条，现在人为地纵向分割，横向上行政处罚权实行相对集中行使，产生了条块不一致。相对集中行政处罚权的行政执法体制改革仅限于行政处罚方面，其他的行政许可审批等职能还在原有的行政部门。职能部门行使行政许可权，综合执法部门行使行政处罚权，两者之间出现了一个巨大的监管错位。由于管理与处罚脱节，相关部门处理一个违法案件，常常要有两个书证往来。如查处违章建筑，要发函给规划部门，看该建筑是否审批过，是否超过审批范围。规划部门答复后，进入处罚程序，又必须发函询问是否可补办手续。

4．城市管理执法责任不明。由于管理执法部门众多，权力分散，导致了在管理执法中各部门的相互推诿。治理非法一日游，可能要涉及到旅游、城管、交通、公安、工商、物价等6个部门。根据《北京市旅游管理条例》的规定，市和区、县旅游行政管理部门负责对旅游经营行为进行监督管理，维护旅游市场秩序。但对非法一日游，旅游部门查的是带证件的

正规导游和旅行社，对无导游证从事导游活动行为的处罚权属于相对集中行政处罚权的范畴，由城管执法部门负责，对于非法运营的旅游车辆则需要由交通执法总队处理。此外，散发非法一日游小广告的日常执法管理则由城管执法部门负责。结果出现了对非法一日游无人负总责的情况，谁都没有责任，但违法行为就是得不到有效的治理，引发群众的不满。

5．基层管理执法力量薄弱。城市管理执法力量主要集中在区县及以上，城市管理的重心在基层，往往出现“看得见的管不着，管得着的看不见”的现象。北京市65.8%的执法主体和73%的执法人员由国家部委和市级部门垂直隶属，基层执法看似人多，却难以整合，网格执法效能难以发挥。纵向层级间“头重脚轻”的权责分配阻碍了重心下移，有的部门职权下放时只放责、不放权，权力逐级缩减、责任逐级放大，造成了层级间权责失衡；有的部门管理重心下移时只移事、不移人，造成基层执法事多人少、疲于应付。我国执法人员的总量不少，但具体到一个执法部门则又严重不足，尤其是一些基层执法部门真正在一线执法的人员往往只有几个、十几个人。在《食品安全法》实施情况监督检查中，全国人大常委会执法检查组认为，监管体制机制不够完善，部门之间缺乏配合协调，特别是基层监管执法能力薄弱，存在一些环节上无人监管的情况。[①]

二、城市管理执法体制改革的理论基础

当前城市管理出现“碎片化”的结果，源自于行政的分工原则，正如皮埃尔·卡蓝默曾指出的，眼下的治理与科学生产体系一样，基于分割、隔离、区别。职权要分割，每一级的治理都以排他的方式实施其职权。领域要分割，每个领域都由一个部门机构负责。对明晰的追求，出发点是好的，即需要区分权力、明确责任，但是当问题相互关联时，当任何问题都不能脱离其他问题而被单独处理时，这种明晰就成了效率的障碍。[②]我国现行法律、法规将管理执法职权分别授予相应的部门，则更强化了这一原则，造成更深的城市管理碎片化。如《食品安全法》授权县级以上人民政府食品药品监督管理、卫生行政、质量监督、农业行政部门等履行食品安全监管之责，并且要求各部门在各自职责范围内负责本行政区域的食品安全监督管理工作。《北京市文化市场综合行政执法办法》规定，区、县文化行政管理部门负责本行政区域内文化市场综合行政执法工作，公安、工商行政管理、通信管理、城市管理等行政部门应当按照各自职责做好文化市场相关执法工作。这样，虽然基本实现有法可依，各部门按照法定职责权限履行职能，但立法中行政权力配置的“缝隙化”问题依然存在，由此带来部门间职权“碎片化”的现象比较突出。由于立法是按管理领域授予管理执法权的，在管理执法体制上的必然结果是按条条管理。

① 《食品安全基层监管执法能力薄弱》，《北京日报》2016年7月1日第2版。
② [法]皮埃尔·卡蓝默著：《破碎的民主：试论治理的革命》，高凌瀚译，生活·读书·新知三联书店2005年版，第11页。

解决城市管理“碎片化”问题，需要深入推进城市管理执法体制改革。为解决城市管理执法的“碎片化”问题，各地开展了新一轮的城市管理行政执法体制改革，改革的方向首先就是整合政府部门间相同相近的管理执法职能，在适应我国国情和经济社会发展要求的前提之下，通过管理执法机构的归并、执法力量的统一，从组织结构上更大范围地进行综合行政执法体制改革。在浙江嘉兴，2014 年 9 月 1 日，嘉善城管局正式更名为嘉善综合行政执法局，集中行使原归属于 17 个部门的 1073 项行政处罚权。横向扩权，通过综合执法解决“权责交叉、多头执法”问题；纵向向镇(街道)基层延伸，使城市管理服务延伸到农村，构建形成城乡一体的综合行政执法体制。在北京，石景山区落实街道属地管理主责，以街道为主成立社会治理综合执法指挥中心，按照属地管理全权、全时、全管、全责的要求，对街道进行扩权，公安、食药监、安监、环保、工商、交通、消防等部门均调派专人到街道上岗，将执法力量下沉到街道，各执法部门会同街道形成综合联动执法力量，对辖区内违法行为进行综合执法，真正让“管得着的看得见，看得见的管得好”。

“集权”出现的新问题通过新的“集权”难以得到彻底的解决。解决城市管理执法中存在的问题需要理论的指导，“整体性治理”理论视角的出发点就是对新公共管理带来的“碎片化”现象进行的战略回应。英国学者培利·希克斯在 1997 年所出版的《整体型政府》一书中，率先提出了“整体性治理”的概念。根据希克斯的定义，整体性治理就是以公民需求为治理导向，以信息技术为治理手段，以协调、整合、责任为治理机制，对治理层级、功能、公私部门关系及信息系统等碎片化问题进行有机协调与整合，不断从分散走向集中、从部分走向整体、从破碎走向整合，为公民提供无缝隙且非分离的整体型服务的政府治理图式。整理性治理的主要内容之一是以“大部制”为实现目标，强调在机构职能上的“整体化”整合，并藉由合并，把若干个功能类似的机构重新组合成一个“部门化”的组织。整体性治理倡导部门间整合，而在部门整合后形成的大部门内部依旧面临着严重的协调问题，甚至出现了责任归属的困境。一方面，根据整体性治理理论，协调与整合一般是指部门与部门的整合，就是将职能相近的部门归并为一个大部门。然而，整合后的大部门内部仍然由几个不同的部门构成，其内部诸部门同样面临着整合前的协调问题，部门内部的推诿扯皮与资源内耗并不比合并前少。①

因此，整体性治理的主要内容之二是强调跨部门之间的协调，而且是“整体化”的协调。以前，对于领导者来说，协调只是开展行政管理活动的基础环节当中的一环。但随着网络技术的发展以及社会公共环境的变化，“协调”这个词不仅在各个领域中被赋予了崭新的内涵，并且得到了重视。在“整体型政府”的语境中，协调是指在信息、知识和决策方面，理解相互介入和参与的必要性，并非定义不精确的行动。希克斯认为，在协调层面整体型治理可以通过三种策略来进行：共同性的计划(共同工作或者临时的共同计划)、整体性的考量(即考

① 史云贵、周荃：《整体性治理：梳理、反思与趋势》，《天津行政学院学报》2014 年第 5 期。

虑其他方面对于战略发展的影响以及战略的发展)和对话(重在信息交换)。①

整体性治理理论给我们启示是：在相对集中管理执法权同时，仍然需要建立起城市管理执法机关之间的协调配合关系，包括行政执法机关与业务主管机关间的关系、行政执法机关相互之间的关系，以确保城市管理执法上的协调。从某种意义上说，分工越精细化，越需要部门之间的协作和配合，并不是因为法定职责划分不明确，存在模糊地带，而是客观事物本身是联系在一起的，行政机关只有协调一致地开展工作，公共服务和社会管理的职责才能不折不扣地完成。“碎片化”不是立法的错，将一块块“碎片”有机地拼接起来，制作成为“金镂玉衣”仍然需要立法的智慧，而联络各“碎片”之间的金线就是城市管理执法的体制机制。无缝对接也好、串联起来也罢，都是体制机制改革的途径和方向。适合于整合、能够整合的更大范围内实行综合执法，专业性强的、难以整合的则更多地需要从执法机关之间的协调一致上下功夫，建立起城市管理执法机关之间的协调机制。解决行政执法的“碎片化”问题，有赖于深化城市管理执法体制改革。

三、城市管理执法体制改革的思路

城市管理主要是指市政管理、环境管理、交通管理、应急管理和城市规划实施管理，城市管理执法即是在上述领域根据国家法律法规规定履行行政执法权力的行为。深入推行城市管理体制改革，实行综合执法，涉及到更多领域的职能部门之间职责权限的重新配置，无论在行政执法机关相互之间，还是在行政执法机关与业务主管机关之间，关系将变得更为复杂，相形之下协调也显得更为重要。运转有效、执行有力的城市管理执法体系，是建立在法治化基础上的，应当以法规范城市管理执法协调机制，建立职权争议的裁定机制，并以提升城市管理的整体效能为目标，去除行政机关之间权责重叠、推诿卸责等影响效能之弊端。

（一）树立城市管理执法政府主体责任的意识

我国单行行政管理法律尽管将某一方面的行政管理和执法职权授予了特定的主管部门，但从组织法角度而言，主管部门的职责权限范围是本级人民政府按需要进行划分的。同样的法定职权在不同的地方可以规定由不同的行政机关行使，它们都是法律意义上的主管部门。对于相对人而言，无论是哪个部门行政不作为、管理执法不到位，只要法律没有得到有效的执行，权益没有得到有效的保护，都是政府的责任。每一个职能部门只是政府这个主体中的一员，内部可以分工，但对外是统一的。城市管理执法体制改革的本质是将分散的管理执法分子凝聚起来，成为一个整体，在职能分工原则下，由本级人民政府统一协调各职能部门之间的分工配合关系。人民政府下单设主管部门或决定由几个部门分别行使法定职权，不免除人民政府对于城市管理执法的主体责任。

① Perri. Joined-up Government in the Western World in ComparativePerspectiveA Preliminary Literature and Exploration. Journal of Public; Administration Research andTheory，2004，Vol14:108.

树立人民政府城市管理执法主体责任意识，有利于督促各级人民政府加强对城市管理执法的组织和监督。从组织形式上，既可以成立实体性的综合城市管理机关代表本级人民政府统一行使相关职能，也可以成立高层级的城市管理执法协调机构，代表本级人民政府调配本区域内各执法机构。前者如北京市为增强城市管理工作的综合性、整体性和协调性，整合相关部门的管理职责，组建市城市管理委员会，作为城市管理主管部门，列入市政府组成部门，负责对城市管理工作的业务指导、组织协调、指挥调度、专项整治和检查评价等工作；后者如北京市石景山区区级层面设立区社会治理综合执法委员会，建立议事协调机构，实施高位指挥、高位协调的组织领导机制。街道层面成立街道社会治理综合执法指挥中心，建立了常态化执法机制，通过派驻人员“统一办公、统一管理、统一执法、统一装备、统一考核”，发挥综合执法优势，实现了“常态化”综合执法，基本达到“小事不出社区、大事不出街道”的工作目标。

（二）加强部门协作的组织法制建设

作为深化城市管理执法体制改革所不可分割的两个面向，加强综合执法与管理执法机关之间的协作，除了有赖政府领导机关的协调外，根本的是从立法上完善政府部门间协作的法律依据，实现政府部门间协作的法治化。根据地方组织法的规定，各职能部门的设立和职责划分是政府自身的职权范围，但行政职权的授予，在我国多数的法律，是采取“××主管部门”的立法方式。因此，实践中想要实现立法的目的就只能依赖于政府部门之间的合作，政府对部门法定权限的调整力度较小。《深圳经济特区城市管理综合执法条例》第5条规定，公安、教育、文化、建设、卫生、环境保护、市场监督、交通及其他行政部门，按照各自职责协助综合执法部门实施本条例。在旅游市场执法监管中，如果只规定公安、交通、工商、质监、安监、食药监、城管等部门依照有关法律、法规的规定，按照各自职责对旅游市场实施监督管理，依法查处旅游违法行为，仍难以解决各自为政的局面。自2016年1月1日起施行的《浙江省旅游条例》在规定县级以上人民政府有关部门按照各自职责，做好促进旅游业发展和相关监督管理工作的同时，规定了旅游监督管理可以采取联合执法或者经法定程序批准的综合执法方式实施，将综合执法法定化。这样，为管理执法机关间的协作配合提供了法律依据。立法上在规定协作的同时，必须明确启动协作的管理执法机关，如对于食品安全，由卫生行政部门组织协调其他相关部门。立法在规定各部门在各自的职权范围内履行职责的情况下，应当特别授予某一主管机关对于其他机关的协调权。

（三）建立业务主管部门和综合行政执法部门的无缝衔接机制

综合执法将原来业务主管机关行政行为纵向上最后一个环节——监管执法的职能集中到综合执法机关统一行使，综合执法机关与原业务主管部门之间的衔接就成为了一个新的问题。如执法机关属于管理机关的下属执行局，也没有问题，如在市政管委下设城管执法局。综合执法机关独立成为与业务主管部门平行的执法主体后，就存在着信息沟通、统一标准等

一系列问题。综合执法机关与业务主管部门之间相互协调的关键是建立信息共享、工作通报和会商机制，通过执法信息共享标准的建立，使部门之间的信息得以开放共享、互通有无，并进一步探索建立信息系统平台的可能性。

随着网络技术和信息社会的发展，我国行政机关越来越多地进行网络化办公。网络技术为政府部门实现“一站式”服务提供了重要的技术平台和手段，不仅打破了政府部门之间的界限、整合简化了政务流程，而且实现了信息数据的共享。这种可能变为现实，是社会的需求，但未必能成为各职能部门的内生动力，必须通过法定行政程序规则，由政府法制工作机构再造机关行政流程，整合部门网络信息资源，协同治理。北京市建立统一的行政执法信息服务平台，为规范全市行政执法数据的标准，统一全市行政执法信息来源渠道创造了条件。在综合行政执法体制改革中，还需要打通综合执法部门和业务主管部门间的信息渠道。这样，诸如城管综合执法中对是否是违法建设需要规划部门确认就可以通过信息共享而完成，提高了执法效率。

（四）城市管理执法机关间权限争议裁定法治化

无论是纵向配合，还是横向联合，也无法完全消除城市管理执法机关间的权限重叠交叉。城市管理执法机关间发生职权冲突，是产生行政不作为的直接原因，损害了相对人的利益。改变以前长期形成的行政领导行政协调的随意性，建立管理执法机关间权限争议的裁定机制，是城市管理执法体制机制走向完善，实现全面法治化的必然要求。行政机关间权限争议的处理机制，是行政程序立法的重要内容，在将来制定行政程序法时，可以规定，行政机关之间发生职权和管辖权争议的，双方应当进行协商，或提请共同上级主管机关协调，在协调不成时，则提交争议裁决机构裁定。权限争议，在职权法定的前提下，实际上是法律争议，与其规定涉及职权划分的由有管辖权的编制管理部门提出协调意见报本级人民政府决定，涉及法律法规执行的由有管辖权的政府法制部门依法提出协调意见报本级人民政府决定，还不如直接规定，权限争议，由共同上级政府法制工作机构裁决。涉及到“三定”规定的，由政府法制工作机关商请编制部门作出解释或说明。对于相对人而言，由于管理执法机关管辖权争议延误管理执法或产生行政不作为的，可以以管理执法机关的共同上级行政机关为被告提起行政诉讼。在我国部门职权由行政机关“三定”规定的情况下，责任主体是分立的，对外由一级政府统一负责，对内按法律、法规的规定或“三定”规定追究内部行政责任。为纠正现行《行政诉讼法》被告制度设计中过分强调主管部门责任的偏差，明确政府是责任主体、对外承担法律责任是完善行政执法体制的保障，只有在有关专业管理法律、法规明确规定的情况下，才应当以被授权的主管部门为被告。

通关一体化改革的法律思考

王丽英*

摘　要：“一带一路”战略的核心内容是通路、通航、通商。而通路、通航、通商的前提互联互通。国务院出台“信息互换、监管互认、执法互助”（以下简称“三互”方案）的“三互”改革方案就是深入贯彻落实“一带一路”战略互联互通的具体实施方案。该方案提出的“大通关”理念是超越地理、行政区划的界限，规划实现国际互联互通、国内各部门、各海关互联互通及区域海关互联互通。区域通关一体化是按照“三互”改革方案所做的具体事情之一。所谓通关一体化是指在任何一地货物报关后，不再需要再次申请报关，进而实现全国“多地通关，如同一关”。区域通关一体化改革实施一年多以来，取得了很好的成效，有必要了解其内容、运作流程及未来发展建议。

关键词：通关一体化；改革；法律问题

一、通关一体化改革背景

在世界经济复苏乏力，发达经济体货币政策走向分化的背景下，很多国家经济面临困境，亟需新的经济火车头来带动世界经济，寻求新的增长点。中国虽然保持着贸易大国的地位，但传统的外贸竞争优势正逐步削弱，新的竞争优势尚未形成；外贸稳增长、调结构的压力增大，内陆和沿海延边区域发展仍不够平衡，开放程度仍不够平衡和协调。为此，党的十八届三中全会明确指出，要构建开放型经济新体制。中央经济工作会议提出，要加快实施新一轮高水平对外开放。中国21世纪海上丝绸之路、丝绸之路经济带战略、中印缅孟经济走廊战略、中巴经济走廊战略、东北亚经济整合战略等都是推动开放型经济的重要战略，也是符合亚太乃至亚欧几乎所有成员国利益的战略。“一带一路”作为一项重要的中长期国家发展战略，其主要解决中国过剩产能市场、获取资源、战略纵深的开拓和国家安全的强化及贸易主导话语权等几个重要战略问题。如新兴市场国家①和欠发达国家的基础设施建设仍然欠缺，中国利用积累的外汇储备作为拉动全球增长的资本金。此外，还有减免关税、增加援助、消除债务、培养人才等措施。

为了贯彻落实中央关于新时期开放战略的部署，实施新一轮高水平对外开放，加快构建开放型经济新体制，2014年12月26日，由海关总署牵头制定，以国务院[2014]68号文印发的《国务院关于印发落实“三互”（信息互换、监管互认、执法互助），推进大通关建设改革方案》（以下简称《方案》）出台。“方案”的主要内容是：强化体制机制，实现互联互通；推进大通关；畅通大通道。简化口岸工作流程和环节为核心的“大通关”，扩大和丰富了一般意义的口岸通关外延和内涵，把进出口货物到离港站所需的装卸作业、代理服务、口岸查验的过程均视为通关的有机整体；采取有效手段，使口岸物流、单证流、资金流、信息流高效、顺畅的流转；实现口岸管理部门（海关总署、交通运输部、外汇管理局、质检总局、商务部、国税总局、海事、发改委等）协同治理、内陆沿海延边通关协作等为内容的工作机制。可见，互联互通是“一带一路”建设的重要内容，以此为背景，就出现了“大通关”、“通关一体化”等改革。

海关是全球供应链上的重要节点，海关间的互联互通在维护贸易安全与便利、保障货物顺畅与流动方面发挥着关键性作用。贸易便利化议题旨在消除国际贸易货物跨境流动的边境障碍，主要针对海关通关手续制度，核心是海关便利化。如简化或取消繁琐程序、协调可应用的法律和法规、改善并标准化物质基础设施和设备，包括交通运输和海关设备、协调信息通讯技术的使用并实现标准化，透明、方便的信息交流等。旨在监管、税收、企管、稽查、缉私、归类、审价等业务领域探索一体化运作，实现互联互通，互认共享的通关一体化，就是贸易便利化在区域内的创新开展和针对我国国情的细化改革，是为贸易便利化在中国的推进提供“可复制、可推广”的经验和示范，并取得了一定成效。但作为新生事物，在其运行初期，仍会遇到资金、效能、体制机制、法律障碍等各种现实问题。海关总署党组书记、署长于广州讲：“推动‘一带一路’建设，海关扮演着非常重要的角色。这不仅是一地港口通关的问题，更是沿线口岸能否做到互联互通、互相协调的问题”。①从海关实践中可以看出，是从强化跨部门合作、跨地区协作、国际合作等三个维度来形成全方位、立体化、网络化的互联互通，推进大通关，畅通大通道，奔向关通天下。

在我国外贸进入“新常态”，在党中央、国务院关于“把改革开放扎实推向纵深，必须实施新一轮高水平对外开放”的要求下，海关总署重点抓好六项改革：“一是在全国范围内推开通关一体化改革。二是落实“三互”推进大通关建设，推进国际贸易“单一窗口”，深化关检合作“一次申报、一次查验、一次放行”。三是创新自贸区海关监管制度。四是加快海关特殊监管区域的整合优化。五是推进通关无纸化改革。六是全面推广集中汇总征税”。自今年5月1日起，区域通关一体化改革范围覆盖全国海关，并逐步实现跨区域并逐步实现跨区域海关间的互联互通，实现在货物进出口岸或申报人所在地海关和检验检疫机构均可以办理全部报关报检手续，申报人可自主选择通关口岸。

二、通关一体化改革内容体现法治

* 王丽英，上海海关学院法律系主任，教授。

① 所谓新兴国家市场与成熟市场对应的概念，泛指一些正在发展中国家和地区，如韩国、印度、中国、巴西、南非、俄罗斯、土耳其等。这些国家和地区天然资源丰富，劳动力成本低，引来发达国家的生产线，也使廉价的天然资源原材料流向发达国家市场。即新兴市场是指发展中国家的股票市场和能源市场。

① 资料来源：http://news.sohu.com/20150312/n409661525.shtml，2015年9月12日访问。

海关通关一体化改革的重点是“简政放权”，实际上是贯彻和体现《行政许可法》相关内容。《行政许可法》第13条规定：公民、法人或者其他组织能够自主决定的；市场竞争机制能够有效调节的；行业组织或者中介机构能够自律管理的；行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的可以不设行政许可。通关一体化改革内容是用政府权力的减法，换取市场活力的乘法，让进出口企业获得加快通关速度、减少成本等更多实惠，给企业更多的自主权：（1）自主选择通关方式。企业可根据实际需要，自主选择口岸清关、转关、“属地申报、口岸验放”、“属地申报、属地放行”、一体化通关等任何方式。（2）自主选择申报口岸。企业可按照经营单位注册地、货物进出境地及上述两地对应的直属海关集中报关点自主选择接单现场，并据此确定报关单的申报口岸。凡是海关申报的进出口货物，企业均可在电子口岸（含单一窗口[①]）平台完成单证申报、信息查询等作业。企业按有纸和通关无纸化[②]的规定录入报关单电子数据、传输附随单证，向海关申报。申报界面、操作基本上没有变化。申报地海关对通关无纸化方式下的绿色通道报关单、有纸方式下绿通道及红通道审结报关单，按现行规定办理报关单审核、税收核注核销。现场接单岗位具有一体化联络功能，通过综合业务管理平台与相关部门联系。（3）自主选择查验地点。区域通关报关单需要查验的，可由企业根据物流实际需求，自主选择在口岸或属地海关监管场所实施查验。如果在口岸查验，口岸海关依据申报地海关布控指令对货物实施查验，录入查验结果，口岸海关和属地海关查验结果信息共享；如果转运分流到属地查验的，企业获知相关信息后向属地海关提出申请。查验货物结果正常，由查验地海关放行；查验结果不正常需要后续处理的，又申报地海关完成后续处理后放行；如果查验结果仅涉侵犯知识产权的，由查验地海关放行。企业可凭电子放行信息直接办理货物出场（库、区）手续。无需查验的由申报地海关放行。（4）取消报关企业跨关区从事报关服务的限制，允许代理报关企业“一地注册、多地报关”。同时，允许外报关企业在区域内设立分支机构，允许其在区域海关直接报关。（5）除国家明确实施口岸限制管理措施的货物外，允许任一许可证件证面签注口岸的货物在区域任一海关办理申报验放手续。

通关一体化既是通关方式的创新，也是海关监管机制的重大突破。海关的监管更多从事前后移至事中事后监督。（1）五大区域海关均设立审单中心，构建统一的专业审单平台。如东北地区区域通关一体化在大连海关设立区域审单中心、长三角在上海、南京、宁波审单处设置三个审单分中心。三个审单中心的运作机制：是按照HS商品编码章节划分为基本单位，统筹商品特点、行业特点及各自审核优势进行分工，尽量将专业相关商品、税则同类商品派至统一分中心审核，实现专业化集中审核。如果涉及多个税号的，分别累加归属分中心审核

① 企业通过统一的公共平台，仅需填制一份电子表格，即可将相关信息向不同的政府部分申报，并由系统将处理结果自动反馈到企业。

② 通关作业无纸化是指海关以企业分类管理和风险分析为基础，按照风险等级对进出口货物实施分类，运用信息化技术改变海关验核进出口企业递交纸质报关单及随附单证办理通关手续的做法，直接对企业通过中国电子口岸录入申报的报关单及随附单证的电子数据进行无纸审核、验放处理的通关作业方式。

的所有商品项货值，将报关单派至累加货值较大的分中心负责审核报关单。（2）统一开展区域风险管理[①]，实现对报关单的一次甄别、一次分流。（3）建立海关执法结果互认机制。一是健全“一次备案、协同管理”协作机制，目的是避免企业重复办理手续。如海关规定企业可以凭《加工贸易业务标准证》办理异地加工贸易手册设立手续，海关不再制作异地加工关封。二是“三预”[②]专业认定、行政许可在各关区通用。企业在一地办理“三预”专业认定、暂时进出境等行政许可决定，可以在一体化范围内海关通用。三是在总署总担保及汇总征税项目[③]基础上，实现“一份保函、各关通用”。（4）建立统一的海关管理制度、业务流程和作业标准，企业在区域内享有同样待遇，实现“全国如一关”。

三、通关一体化改革中存在的法律问题

（一）通关一体化改革缺乏统一的立法

通关一体化是一项重要的改革，本应依法改革。依法行政要求合法行政，而合法行政又要求行为依据的合法。海关通关一体化改革的法律文件主要包括两个层次：第一层次为海关总署发布的相关公告、指导性文件及具体业务操作规范；第二层次为区域通关一体化中各区域牵头海关发布的细化操作规定。其中，对全国海关通关一体化改革具有原则性和方向性影响的主要是海关总署发布的相关公告和指导性文件。截止至2016年6月1日，海关总署发布的涉及通关一体化改革的公告共计14份，从这些公告中也可以看出海关通关模式改革的大体路线。其中，“属地申报，口岸验放”通关模式作为跨区域通关改革的先行先试，也可以理解为现在海关通关一体化改革的前身。可见，通关一体化改革缺乏高位阶的统一的法律依据；海关通关现有的政策法规，依然十分繁杂，与贸易便利化推崇的简化统一的原则，存在着不小的差距；海关监管商品的数量与日俱增，监管商品的种类日新月异，导致进出口监管的法规和制度不断的调整变动，缺乏稳定性；海关通关相关规章制度仍然落后于我国进出口贸易的广度、深度和发展速度，存在滞后性。如现行《海关法》囿于制定时的经济发展条件和海关传统作业方式的局限，未能对未来的电子申报、便捷通关模式等进行法律意义的界定和规范；营改增后面对社会经济的发展，通关模式的变革，迫切需要完善海关的根本大法及相关的法律法规，为海关的执法提供法律依据和保障。

（二）执法不统一阻却通关一体化改革

执法统一化也是近年内海关一直致力于研究改进的问题，区域通关一体化发展后，将对这个问题有着很大的改善。但就目前的效果来看，由于区域审单中心还没有完全发挥作用，大部分报关单仍然在现场征税放行。而由于业务量过大，人员素质不一，自由裁量权的存在

① 资料来源：http://paper.ce.cn/jjrb/html/2015-04/02/content_235943.htm. 2015年11月1日访问。

② “三预”是指预归类、预估价和原产地预确定。

③ 汇总征税的直接依据是海关总署2015年第33号公告。是指海关对符合条件的进出口纳税义务人在一定时期内多次进出口货物应纳税款实施汇总计征。目的是为提高贸易便利化，降低企业通关成本。

等原因，还远远不能达到执法统一化的目标。执法实践中，不同海关、不同部门之间协调配合不顺畅，缺乏协调机制，不利于实现海关执法的整体效能和执法统一性，不利于执法效益的最大化；不同海关在归类、估价、原产地认定等方面存在差异；以关区为单位的管理格局容易形成壁垒：有的海关随意改变或变通执行总署规章制度，导致原本统一的执法依据和业务规定在不同关区出现执行差异;有些海关之间对执法依据的立法原义和适用范围理解不一，造成适用执法依据的不统一。由于海关行政执法行为具有重义性的特点，日常执法实践中经常需要对相同或类似问题进行处理，这样的执法方式、执法结果将严重影响海关执法的公信力。

执法不统一的主要原因是海关执法依据即规范性文件(如海关公告)科学性规范性较低。近年来，海关总署对制定的规范性文件进行了大幅度清理，取得了较为明显的成效。但是，由于海关制订规范性文件不是严格意义上的立法行为，与法律的统一性、普遍性、稳定性相比，规范性文件（如海关公告）所涉及的政策一般是因时因地因事制宜的。因此，规范性文件的科学性、稳定性较低，内容冲突现象比较普遍，整体上存在许多薄弱之处。一些规范性文件制定不够严密，用语不够规范，导致执法人员的裁量权过大；有的规范性文件在内容上重实体、轻程序，对如何办理手续、如何实现权利和履行义务的程序性规定很少甚至没有；有的规范性文件之间存在的冲突较多，往往使执法关员无所适从。此外，各关区制定的规定不统一。为了保障行政法规、规章和总署规定得以执行，各直属海关都出台了相应的实施办法，而且总署也要求各关根据实际制订贯彻措施。目前各关现行的业务运行基本上靠这些规定来明确岗位职责和内部管理要求。各关的规定虽然都是根据上位法和规定制定的，但有些扩大了范围，有些缩小了范围，有些扩大了自身的权限，有些增加了行政相对人的义务，有些根据自身的实际设置了一些新的规范。执法规范的不统一导致全国海关执法的不统一。

（三）通关一体化的协调法律制度不完善

广义的通关包括了参与申报、查验、征税、放行环节的各个主体，既有相对人，也有海关在内的各监管部门。根据相关法律，海关、检验检疫、税收、外汇、银行等业务部门对进出口贸易均有独立的监管权，并都有相应的法律、法规和行政规章依据，导致相关法律法规和各部门职能的交叉重复。这种现象对进出口商而言，需要重复输入多次内容，甚至多次被查验。为了改变此现状，海关与出入境检验检疫部门合作的“三个一”（一次申报、一次查验、一次放行）通关一体化改革。关检双方共同制定申报界面和标准，企业在报关报检时，只需通过申报界面一次输入，即可同时完成报关和报检的录入工作。同时，海关也在推广中国电子口岸执法系统。该系统借助国家电信公网，将各类进出口业务电子底账数据集中存放到公共数据中心，国家职能管理部门可以进行跨部门、跨行业的联网数据核查，企业可以在网上办理各种进出口业务。然而，通关一体化后因无系统体系化的修改完善相关制度，各部门又有自己的惯性，出现政出多门，各自执法的现象。企业也没有与新政及时衔接，仍然存

在着报关部门、报检部门等专门的分类。目前，企业进出口商品仍然需要向不同的政府部门申报，电子口岸没有发挥到设想中的作用。

四、通关一体化法律规制

（一）立改废相结合，完善通关一体化相关法律法规

在国家层面：**首先**，加强一带一路沿线国家的互认制度。贸易便利化规则包括认证标准和项目统一问题，目的在于对其他采取相同标准国家的认证结果的承认与接受。贸易便利化的趋势是不断的简化、统一，各国海关将越来越消除壁垒，对他国海关的监管结果展开互认。目前，企业花费大量时间精力做出的产品认证，一出国门即成为废纸。在国内出口时已查验过的商品，出国后又可能再被查验，这对有时间或保存要求的商品损害很大。在我国现行的海关监管法律制度中并没有涉及这一方面的问题，只有在 CEPA 的安排中，有与香港海关在车辆车体的 X 光机查验结果互认，拱北海关与澳门海关开展的对澳门进口单证的认可等内容，属于小范围的特殊安排。因此，应以国内各部门互认为基础，推动单一窗口建设，在未来使用国际通用数据标准，逐步实现整个通关数据标准的规范化和国际化，为国内的检验认证争取国际地位。**其次，**对电子申报、便捷通关模式等进行法律意义的界定和规范，出现在各地海关的规范性文件中，而在现行《海关法》中没有规定。目前通关一体化覆盖到全国，必须尽快完善《海关法》在内的相关法律法规，为海关的通关一体化改革提供法律依据和保障。如在新的《海关法》中应明确通关作业无纸化中电子报关单数据的法律地位，统一各部门法律之间规定，减少法律冲突，扩展区域内各海关执法互认程度等。**此外，**以电子口岸建设为契机，通过法律法规的形式建立与通关过程相关的执法部门及外部辅助服务单位的联系配合机制，将工商、税务、外管、银行、港口及物流企业等部门统统纳入电子口岸管理网络，就电子数据衔接、执法效力等立法解决各部分职责问题，确保监管互认。根据《电子签名法》有关规定，规范参与电子申报和无纸通关的有关企业的法律责任和职责定位，规范其通关过程中的法律行为。

在总署层面：**首先**依照上位法律对与通关一体化相关的现有工作制度和规章、规范性文件进行梳理，建立健全规范性文件审核机制，研究建立总署机关业务规范和重要文件的事前会商机制，形成一套与海关法律体系相配套的规章和规范性文件体系。**其次，**制定全国海关统一的业务管理规范，尽量减少各直属海关制定各类规范性文件。总署出台的业务规范应尽可能详细具体，提供统一的执法操作程序和操作流程，形成全国海关统一的业务管理标准和操作模式，可直接应用于基层海关执法，一般情况下无须各直属海关再制定实施办法，尽量减少各关自行设定规范的必要性，最终达到业务规范的基本统一，从制度层而推进海关统一执法。**第三，**建立统一的执法文件智能检索系统。现总署多用公告、函的形式向各关区下发

各规范性文件，文件内容多、信息量大，不同类别文件混杂，查找较为不便。总署层面可以建立执法文件智能检索系统，依据内容、时间等进行检索，新文件及时建立，作废文件及时清理出库，减少海关内部信息成本。

（二）增强海关法律法规的透明度

增加各国国内法律的透明度是 WTO 的一项基本原则。但是长期以来，我国公共信息服务意识比较薄弱。就海关而言，很多制度是以规范性文件的方式出现的，企业难以有一个方便快捷的方式去查询。为了增强透明度，与国际接轨，一方面，海关应该加强对相关政策和法律法规的宣传力度，吸纳企业合理意见。另一方面，应该提高对自身的要求，建立与 WTO 原则相衔接的标准化管理体系，探索构建全国统一的符合国际规则的海关法规、执法的透明度评定程序。与此同时，执法不统一一定程度上也与信息不共享，对规定或者操作规程理解的不一致有关。不仅关区间存在不一致，即使同一关区不同通关环节也存在不一致。因此，一方面就审单、验估、查验等岗位，建立有针对性地定期组织区域内关区间的培训交流机制，同时，建立统一的信息共享平台，使各关区通关规定向全关区公开以致全国公开，加强横向沟通与交流，逐步实现同一环节统一执法标准。另一方面，加强整个通关环节从审单、接单、查验到放行乃至稽查与物流的交流与沟通，先从关区内部着手，逐步发展为整个区域内，通过各环节人员的交流沟通一则再次统一执法标准，二则通过了解彼此工作方法与内容便于今后更好的工作衔接与配合

（三）提高海关执法素质和执法水平

徒法不可自行，再好的法律制度也需要人来实施。建立一支高素质的海关执法队伍，直接关系到海关的执法水平。为此：一要加强培训，加强一带一路、区域通关一体化等相关知识，熟练海关通关一体化相关的业务技能和法律知识，做到“明法”，提高应用法律知识的能力。二要强化海关工作为国家战略、社会经济服务的理念，强化关员道德修养，提高依法行政的意识，做到“守法”，养成良好的执法习惯，合理审慎行使自由裁量权。三要用以制度管权、管人、管事，要通过制度建设，有效防止行政执法机关和执法人员的权力失控，使执法人员做到“严格、规范、公正、文明”执法。

（四）统筹兼顾便利与安全，监管与服务

WTO 的贸易便利化议题是对参与谈判的所有成员国的要求，我国应该积极参与双边和区域性的便利化规则制定，充分利用现有的与东盟、中新等协议，积极参与贸易规则制定，充分增加我国对该议题的话语空间。与此同时，也应当注重贸易安全，即指一国在对外贸易中，通过参与国际竞争和国际合作，抵御国内外不利因素，从而为本国经济提供良好的国内外生存环境。贸易便利和贸易安全是矛与盾的关系，二者不可偏废其一。海关肩负这两方面的重任。包括打击毒品走私、边境防恐、环境保护、文化安全等。美国在贸易安全与便利的大背景下，提出的 C-TPAT 制度。该制度首先考虑贸易安全，其次促进贸易便利，建立起了美国

海关与商界之间的伙伴关系，充分考虑商界的利益需求，使得商界主动的站在海关一边，设计双赢的制度。对中国海关的启示就在于，目前，中国海关提倡的监管与服务，均将海关与企业视为对立两面，没有发挥企业的主观能动性。如参考美国的 C-TPAT 制度，保持与企业的正式协商关系，增进合作，企业不仅能畅通诉求，更能主动的维护贸易与税收安全。

海关创新企业的管理制度，如建立企业协调员制度、实施 AEO 互认管理、实行企业信用信息公开、企业“主动披露”制度等。根据美国国会的《海关现代化法》起草小组认为，企业应该从起初的“诚实”要求，转化为“尽力”的要求。即是企业必须诚实，还要求尽到关心，还必须熟悉自己的商业操作，了解海关的规则，准确充分的进行信息披露。企业和海关需要从监管的关系，转化为伙伴的关系。而这种转化，需要海关无论是在订立规则时，还是在执行规则时，都充分听取企业的意见，增强企业的积极性，通过各种渠道，增强与企业的沟通，让企业成为真正的参与者和受益者。欧盟的《海关方案》目的在于简化程序、促进协调、提高效率，同样注重建立海关与企业之间的伙伴关系。《海关方案》的特色在于提出了一套“贸易便利化与商界关系”的关键指标，将海关行为精细化，也方便量测其他国家的贸易便利化程度以便进行比较。

行政执法检察建议的缺陷与完善

张显伟 陈伟斌 李锦辉*

摘　要：作为参与执法监督、减少和预防行政违法的重要机制，行政执法检察建议的实践使用日趋普遍，现实运作中确实产生明显社会效果。但源于法治化程度较低、经验累积欠缺等诸多原因，也暴露出适用情形不一致、制发不规范、强制力不足、质量不高、欠缺补救渠道等种种缺陷。提升行政执法检察建议机制的法治化水准，经由法律完善行政执法检察建议制发的程序，确立自动纠错机制，赋予被监督者以救济途径，同时理性构建检察建议监督机制与人大监督机制的衔接关系，增强该监督机制的强制力，充足其权威性，是克服缺陷，以期更好发挥检察机关对依法行政督促功用的应然诉求。

关键词：行政执法；检察建议；机制；监督

一、导言

行政执法检察建议是人民检察院在履行法律监督职能过程中，结合执法办案，建议行政执法主体完善相应管理制度，加强自身内部的制约与监督，以正确实施法律、法规，预防和减少行政违法行为的一种司法行为和检察监督机制。在创新社会管理和全面推进法治国家、法治政府、法治社会建设时代背景下，党的十八届四中全会《决定》明确赋予了检察机关对行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为应当督促其纠正的职责和使命，再加上，检察建议天然具有灵活性特色，不易招致被监督者的强烈不满乃至激烈对抗，极易在和谐的气氛下实现监督的目的，因此，采用检察建议方式对行政执法中的违法执法、不当执法进行监督得到了各地检察机关的普遍、经常运用。根据最高人民检察院民事行政检察厅的统计，全国民行检察系统2012年共提出行政执法检察建议2713件，2013年共计23531件，2014年共计为26436件，[①]案件数量逐年上升，曾明显增长态势。实践运作做中，行政执法检察建议的社会效果也十分凸显，例如，2012年，江西瑞昌检察院针对公安、国土、城建、安监、工商、烟草等行政执法机关普遍存在的执法程序、法律适用、行政处罚等问题，及时发出检察建议共计16条，所有建议均得到被监督行政机关的回复反馈，其中14条建议被采取，相关的问题得到整改。[①]2013年下半年，山西省各地检察机关共发出行政执法检察建议4190件，为国家挽回经济损失24.1亿余元，有效地督促了政府及其职能部门的依法行政，防止了国有资产的流失。[②]

笔者认为，理论上说，“柔性”监督机制行政执法检察建议的运用，能够较好地实现监督主体与被监督主体的良性互动，更有助于公权力间通力合作、共同致力于国家、社会的科学、可持续发展，其实践运用所彰显出来的积极社会功效充分地显示了该监督机制存在的必要性。当然，为了更充分地激发行政执法检察建议对行政执法工作的监督和对行政法治的助推作用，我们也必须正视该机制运行所存在的种种缺陷，从制度建构上对该机制予以完善。

二、行政执法检察建议的缺陷

行政权是一种与民众的日常生活和人身权、财产权接触最密切而且最极易扩张的公权力，行政权一旦失去监督，必将为构成对法治国家、法治政府、法治社会建设的致命破坏。对行政权的监督除了需要构建权利监督机制外，更必须建构其他公权力对行政权的监督机制，牢牢地将行政权控制在规则与制度的笼子里。目前，从宏观上来讲，我国已经建立了对行政执法的监督体制：该监督体制既有国家的监督亦有社会的监督；在国家监督体制架构内，既有国家权力机关的监督、国家行政机关内部的监督，亦有国家司法机关的监督；在国家司法机关监督体制内，既包括行政诉讼监督机制，亦涵盖有检察监督机制。但是从微观上看，该体制还存在着许多亟待完善之处，其中行政执法检察建议这一监督机制的缺陷主要体现在下述方面：

（一）适用情形不一

在何种情形下可以适用行政执法检察建议这一监督机制，以督促行政执法机关依法行政，目前看来各地检察机关的做法极不一致：有的检察院，比如河南淮滨县人民检察院结合抗诉业务，根据当事人提出的申诉向有关行政执法主体发出行政执法检察建议；[③]有的检察院，比如山东招远市人民检察院从聚焦农民工工资发放、药品安全、蔬菜果业违禁用药问题、学校食品卫生等公众利益相关问题、社会关注热点事件入手，积极运用行政执法检察建议，监督有关行政执法部门以促使其及时依法履行行政职责；[④] 有的检察院，比如河南宜阳县人民检察院针对行政执法机关违法行政而损害明确且具体的行政相对人，或者损害了公共利益或者弱势群体的利益但受损后果较轻或可以弥补损害的行政执法行为，积极运用行政执法检

* 张显伟（1969-），男，汉族，山东微山县人，法学博士，广东海洋大学法学院教授，广东省地方立法研究评估与咨询服务基地研究人员，主要研究方向为行政法学与诉讼法学；陈伟斌（1966-），男，广东揭阳人，广东海洋大学法学院副教授，广东省地方立法研究评估与咨询服务基地研究人员，研究方向为刑事法学、立法学；李锦辉（1976-），云南大理人，广东海洋大学法学院副教授，法学博士，研究方向为法理学、法经济学。

① 最高人民检察院民事行政检察厅：《行政检察工作的现状与发展》，载《国家检察官学院学报》2015 年第 5 期，第 67 页。

① 曹水平：《江西瑞昌检察院发检察建议规范行政执法获好评》，载正义网，http://www. jcrb.com/procuratorate/jckx/201208/t20120802-918670.html，最后访问时间：2016 年 11 月 11 日。

② 崔建科：：《论行政执法检察监督制度的构建》，载《法学论坛》2014 年第 4 期，第 140 页。

③ 河南省检察院民行处：《河南省检察机关对行政执法行为开展法律监督的三种模式初探》，载《检察实践》2015 年第 6 期，第 5 页。

④ 曹海军：《招远突出“四个关注”行政执法检查监督效果好》，载烟台公安网，http://www.jiaodong.net/ytgaw/system/2012/09/10/011642064.shtml. 最后访问时间 2016 年 11 月 11 日。

察建议方式，监督行政执法主体纠正违法行政行为，停止侵权，消除侵害；有的检察院，比如上海市人民检察院在调查职务犯罪和其他刑事案件中对涉及的安全漏洞、管理不规范现象等适用行政执法检察建议，亦即结合刑事侦查权的行使进行行政执法检察监督。适用情形是行政执法检察建议机制的启动器，其既是该机制可操作性的基本要求，更是其具有必要权威性、严肃性的起码要求。如果适用情形各地自行其是，因人而异，随意启用或者不启用，行政执法检察建议就不可能成为一个统一、严肃的机制，行政执法检察建议监督就不会得到被监督者的充分尊重，监督效果难免大打折扣。

（二）制发不规范

名称的统一、内容的固定、格式的程式等是公文类文书的一般要求，毫无疑问行政执法检察建议是公文类文书，而且是具有法律拘束力和权威性的一类特定公文类法律文书，其更应该对制发有严格、统一、明确的规范性要求，只有这样，才可以引导该类法律文书的制发，体现该类法律文书的尊严，实现其文书制发的目的和效果。但遗憾的是目前对行政执法检察建议确乏缺规范性方面严格规定和统一要求。实目前行政执法检察建议制发不规范具体有四点突出表现：一是制发主体不统一。行政执法检察建议既有以某人民检察院名义发出的，也有以某人民检察院内设部门名义发出的；二是行政执法检察建议监督的对象不统一。绝大多数检察院将行政执法检察建议发给被监督的行政执法机关，现实中也存在将行政执法检察建议发向行政执法机关相应职能部门的情形；三是文书格式不规范。文书格式的不规范表现多样，比如，在文书类型上，多数检察院都以“检察建议书”的形式对行政执法机关实施检察监督，也有检察院以“检察意见书”、“纠正通知书”等名称制发，在文书编号上，有“检建”、“民行建”、“民行督”、“民行监”、“行建”、“民建”等诸多文号；四是文书内容不固定、不明确。各地检察机关往往根据自身的理解和需要来设定行政执法检察建议文书的内容，有的检察院在该文书中要求写明建议的缘由以及法律依据，有的检察院还要求写明要求改进或者采取的执法措施和完善对策，还有的检察院要求在文书上写清楚行政执法机关整改、回复的期限等等。

（三）强制力不足

行政执法检察建议的强制力不足最具体的表现是被监督的行政执法机关对行政执法检察建议置之不理或者敷衍了事，制发建议的人民检察院却没有强制性的法律手段和措施保证行政执法检察建议的实现。实践中，部分行政执法机关和公务员对行政执法检察建议不理解，或推诿迟延，或敷衍回复，或选择性采纳[①]，以达到规避行政执法检察监督的目的。例如，某省各级检察机关在2012年共发出325份行政执法检察建议，其中有40 份建议未收到回复，

① 环境行政执法机关对检察建议所涉事项进行选择，只采纳部分内容，而对其余内容则未置可否，亦不说明理由。台州市椒江区人民检察院向区环境保护局发出的建议中，共监督了水源和噪声污染2项内容，但是环保部门仅对水源污染作出处理，而对噪声污染只字未提。参见浙江省台州市椒江区人民检察院检察建议书（椒在民行建[2011]第6号）。

比例达12.3%，[①]而且在得到回复的建议中，部分理由过于简单，如有的行政执法机关的回函中仅载明“已立案查处”、“已落实整改”等，而未对具体的查处、整改情况作详细说明，有敷衍塞责之嫌，经分类统计，在收到回复的285份中有52份回复属此类情况，占全部回复的16%，产生该现象的根本原因在于目前检察机关尚无有力的措施敦促行政执法机关按照行政执法检察建议的建议去行为，以切实实现行政执法检察建议文书的内容，达致该监督机制设置的目的。行政执法检察建议的强制力不足，也使得该类法律文书的权威性遭致贬损。

（四）检察建议的质量不高

高质量的行政执法检察建议对监督问题的定位准确，监督的事由具有充分的法律依据和确凿的事实根据，所建议的改进措施具有十足的可行性，因此，高质量的行政执法检察建议极易得到被监督者的认同从而得到实现。相反，质量不高的行政执法检察建议，源于其建议自身的诸多不理性、不科学性、有失公允性甚至是不合法性，因此而得不到被监督机关的回复，甚至会得到被监督机关的消极抵制乃至激烈反对。总之，行政执法检察建议质量的高低直接决定了该监督机制生命活力的大小。笔者调研发现，部分行政执法检察建议存在着对监督问题定位不准，建议内容空泛，对策措施缺乏针对性，甚至还存在着对行政执法机关已失权的事项进行无效监督等种种不尽人意情形，个别检察机关还出现过反贪、预防、民行等多个部门对同一行政执法事项重复发出多份行政执法检察建议而各部门的建议却互不一致甚至相抵触的情形，这无疑将致使被监督的行政执法主体无所适从。有关检察建议权的法律依据，在行政执法检察建议中的援引也十分不统一，有的只将《人民检察院组织法》第4条列入，有的将《宪法》第12条和《人民检察院组织法》第4条均于列入，即使同一法条，所侧重的款项也有不同。 所有这些都表明了行政执法检察建议的论证不够严谨、分析不够深入、对策不够合理、形式不够规范，这也很大程度上影响了检察建议的整体质量，阻碍了行政执法机关对相关检察建议的认同和实施。

（五）欠缺救济机制

行政执法检察建议是人民检察院对行政执法机关行政执法行为的法律监督，是公权力对公权力的一种监督制约机制，在该机制架构下，检察院是监督主体，行政执法机关是被监督主体，比较而言，作为监督主体检察院的检察监督权具有主动性和强制力，但毫无疑问，作为被监督主体的行政执法机关也应该拥有表达异议的权利，这是自然正义原则的基本诉求。“有权利必有救济是权利的核心要素”，[②]所以，在制度设置上应该为被监督的行政执法机

① 由于专业领域和权力性质的不同，检察机关起到的是提示注意的作用，督促环境行政执法机关审查其权力行为，并进行科学决策，而非替代其作出任何实体性的决定。因此，一定比例的建议不为环境行政执法机关采纳确属正常，但是法律监督权作为强制性的国家权力，在作用于被监督者后，就使其负担一定的法律义务，这是法律监督权的应然属性，故环境行政执法机关应当回复制建议的采纳、落实情况及其整改措施，对未采纳的事项，则应当说明理由，不得置若罔闻。

② [德]耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社 2007 年版，第 75 页。

关设定对行政执法检察建议监督不服的救济机制，规定如果被监督的行政执法机关不服该监督可以在多长时限内向何机关以什么形式进行申诉救济。行政执法检察建议救济机制的设置之所以是必要的还有两方面原因：其一，行政执法检察建议监督权是一种公权力，也存在着滥用、恣意的可能性，也必须置于监督制度的笼子里，不得游离于监督制度之外，超然于监督之上；其二，行政执法检察建议监督是一种人为的行为，基于种种原因，难免有监督不准确、监督失误甚至监督错误出现的可能，而救济机制的安排可以较大程度地矫正监督的失误和错误。

三、行政执法检察建议存在缺陷的原因

正如医生治病需要探究病因一样，只有全面、客观地分析行政执法检察建议存在缺陷的原因，我们才能对症下药，因应治理，从而完善该机制。法治化程度低下是造成行政执法检察建议缺陷的根本原因，对此问题笔者认为其逻辑蕴含了两方面的原因：其一是，行政执法检察建议应该法治化且应该经由权威性法律精细化法治化；其二是，现行行政执法检察建议机制建构的法层级过低且精细化远远不够，下面分而述之：

（一）行政执法检察建议应该经由权威性法律精细化建构

客观上说，造成行政执法检察建议实践运作存在着诸多缺陷的原因一定是多方面，但在法治高度发达和法治被奉行为治国理政最基本规则的当今时代，欠缺权威性、明确可操作性法律规则的规范，行政执法检察建议法治化程度远远不够一定是造成行政执法检察建议实践运行存在种种缺陷的重要原因。

基于法治的基本原理，行政执法检察建议应该也必须法治化。众所周知，法治的前提和基础是对重要的社会关系需要经由法律施以规范，主体双方的权利和义务需要有明确、具体的法规则予以指引和规约。下面笔者对行政执法检察建议行为所牵涉到的主体间的关系进行一一剖析：

1. 司法权对行政权的监督制约和配合关系。行政执法检察建议是人民检察院对行政执法机关所制发的一种外部法律文书，是因为人民检察院发现行政执法机关的执法行为违法、不当或者行政执法机关的管理存在着有需要改进的漏洞时，而发出的建议，建议行政执法主体完善相应管理制度，加强自身内部的制约与监督，以正确实施法律、法规，预防和减少行政违法行为的一种司法行为和检察监督机制。所以，行政执法检察建议行为最直接的双方当事人是人民检察院和行政执法机关，实质上是司法权和行政权的关系，既体现了司法权对行政权的监督关系，又因为二者之间相互配合关系。如果司法权对行政权监督过宽泛、过细微，司法权就有擅越行政权的危险，同时必将极大程度地伤害行政权的积极性，制约其服务功效的充分、尽情发挥，容易导致懒政、惰政现象的出现。相反，如果司法权对行政权的监督制约过于粗糙和形式化、表象化，司法权监督制约行政权的目的就根本无法达到。总之，司法权与行政权两大国家公权力间监督和配合“度”的拿捏至关重要，对如此重要关系的确定，只有依仗权威性法律才可以担此重任。

2. 公权力对私权利捍卫、保障和发展关系。按照卢梭的社会契约论，公权力是派生性权力，其来自私权利，是民众私权利让渡出来的，公权力存在正当性的唯一根据是保障、捍卫和发展私权利，当然为了保障、捍卫、发展绝大多数人的私权利，在某一特定法律关系中，公权力可能是对某一特定主体的私权利进行限制甚至剥夺，而为了维护社会公众的利益。总而言之，任何公权力的存在和运行总会对私权利产生一定或正面或负面的影响，行政执法检察建议是司法权运行的具体体现之一，无疑会对私权利产生影响。因此行政执法检察建议不仅仅是公权力内部的关系，还牵及到公私权利（力）间的关系，正如学者所谓：“权力与权利的关系是法治的轴心”，[①]因此，行政执法检察建议不可以不法治化。

总之，通过对行政执法检察建议所牵涉到的主体间关系的剖析，我们完全可以得知的断定是行政执法检察建议应该法治化，而且应该经由权威性的法律精细化设置。

（二）我国行政执法检察建议法治化程度不够

源于行政执法检察建议运作过程中所牵涉的社会关系是十分重要而基本的社会关系，在法治高歌猛进、推崇至治国和社会治理基本规则的今天，行政执法检察建议的法治化不仅是应然且必须的，而且，必须经由权威性法律精细化建构。而我国目前行政执法检察建议机制的法治建构远远没能做到。

1. 行政执法检察建议法依据的层级低，致使该机制欠缺正当性和权威性。法的效力有层级的区别，依据效力高低依次为宪法、法律、行政法规、地方性法规和规章，效力等级越高，法的权威性越大。从理论上说，法治社会任何一项法律机制的存在和运行应该有明确的、直接的法依据，毫无疑问，作为行政执法检察监督制度应然组成要素的行政执法检察建议机制是一项法律机制，也必须有法的依据，目前我国相关行政执法检察建议机制的法依据是最高人民法院的司法解释，该司法解释相当于规章，因此，行政执法检察建议的法依据层级低，权威性不够。甚至严格角度看，我国现实运行的大多数行政执法检察建议尚没有任何“法”层面的依据，游离于严格意义的“法”规制和引导之外，这显然是对法治权威的破坏。

有学者认为：“《宪法》第一百二十九条规定的中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关，《人民检察院组织法》第四条规定的人民检察院通过行使检察权维护社会主义法制，维护各种秩序，保护公有和私有合法财产及公民权利自由，为检察机关对行政执法机关行政权运行的行为实施检察监督奠定了基础。检察机关为了更好地履行法律监督职能，根据法律对检察职权的定位，创立了检察建议的工作形式。在国家权力的分工中，行政权的运行与各种社会秩序的维护及财产权和公民自由和权利的保护关系最为直接，如果检察机关对

① 涂克明：《中国法治进程中公权与私权的法律思考》，载《湖北行政学院学报》2004 年第 3 期，第 140 页。

违法行政执法行为无法监督，就不可能发挥检察机关的上述功能，所以宪法第一百二十九条和人民检察院组织法第四条属于检察机关实施行政执法检察建议的原则性立法规定。《检察官法》第三十三条关于奖励检察官提出检察建议的规定，更是以法律的形式明确肯定了检察建议是检察机关履行法律监督职能的一种方式。”[①]但是，从法律文本视角，我们可以推知的显然结论是上述法律文本均没能为行政执法检察建议机制提供任何明确、直接的法律依据。

实际上，行政执法检察建议的明确法依据是最高人民检察院的司法解释。1983年，最高人民检察院规定了检察建议书的基本格式，这时的检察建议主要是指人民检察院向人民法院制发的检察建议。1992年10月30日，最高人民检察院发布《关于加强贪污贿赂犯罪预防工作的通知》，明确提出各地检察机关要“结合办案，提出有针对性的检察建议，帮助发案单位总结经验教训，堵塞漏洞，改善管理，加强防范，特别要采取措施推动在执法部门和直接掌握人、财、物的岗位，建立有效的防范贪污贿赂等犯罪的约束机制，”[②]很显然，这时的检察建议主要是结合刑事侦查办案的实践对发案单位制发的一种监督建议，其监督的对象是特定的。为更好地发挥检察建议的作用，解决实践中发生的问题， 2009年11月，最高人民检察院印发了《人民检察院检察建议工作规定(试行)》，该规范性文件第六条明确规定了行政执法检察建议的被监督主体，为人民检察院所办理案件的发案单位或者是发案单位的上级单位或者是发案单位的有关主管机关，[③]虽然扩大了被监督主体的范围，但是仍然是十分局限的，主要还是发案单位。2010年10月，最高人民检察院《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》第47条规定了人民检察院可以向人民法院提出检察建议的四种情形，第48条规定了人民检察院可以向有关单位提出检察建议的三种情形，虽然该规范性文件扩大了行政执法检察建议被监督主体的范围，拓展为所有的行政执法机关，但是，显而易见的是，此时的行政执法检察建议一定必须借助民行抗诉权的行使，换句话说，只有在民事行政抗诉案件的办案过程中发现行政执法机关存有法定的情形时才可以启动行政执法检察建议，其适用有着特定的限制，范围较为狭窄。目前行政执法检察建议运作的实践远远超出了这一范围的局限，拓展到对人民检察院法律监督职能行使的所有领域以及所牵及的所有行政执法主体，甚至涵盖了法律、法规、规章授予行使公共管理职能的社会组织。所以，目前实践出现的行政执法检察建议有不少在最高人民检察院司法解释中也无法觅到明确、直接的法依据。

正如奥地利法学家埃利希在成名著作《法社会学原理》中所谓：“法发展的重心不在立法、不在法学，也不在司法判决，而在社会本身”，[④]在创新社会管理、延伸监督职能，积极为社会和谐和科学、可持续发展服务的潮流下，我国各地各级检察院能动开展行政执法检

① 王圭宇：《行政执法、检察监督与法治政府的实现》，载《云南大学学报（法学版）》2012 年第 3 期。
② 详见陈国庆：《<人民检察院检察建议工作规定(试行)>解读》，载《人民检察》 2010 年第 1 期，第 75-76 页。
③ 参见《人民检察院检察建议工作规定(试行)》第六条：“人民检察院可以直接向本院所办理案件的发案单位提出检察建议。需要向发案单位的上级单位或者有关主管机关提出检察建议的，办理案件的人民检察院应当层报被建议单位的同级人民检察院决定并提出检察建议”。
④［奥地利］埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，法律出版社 2007 年版，第 75 页。

察监督工作，积极、经常运用行政执法检察建议机制督促行政执法机关依法行政，为指导行政执法检察建议的制发和运行，不少地方认真总结经验，制定行政执法检察建议工作规则。2005年8月，河南省项城市检察院起草的《检察建议工作管理办法》获项城市人大常委会的审议通过并正式颁布实施，这是河南省第一部由地方人大常委会通过的规范检察建议工作的文件。2010年2月，河北省检察院结合检察监督工作实际，制定了《河北省人民检察院检察建议工作实施细则(试行)》。2011年河南省人民检察院制定的《关于为中原经济区建设服务的若干意见》专门规定行政执法机关应与人民检察院共同建立行政执法案件信息共享平台，保障人民检察院检及时掌握在行政执法中发现的涉嫌犯罪的线索，加强对重大工程建设和项目资金使用的检察监督，深入开展法律监督进社区、进农村、进企业、进学校活动。2012年，重庆市云阳县人民检察院通过了《云阳县检察院行政执法检察监督实施意见(试行)》，等等。当然，我们不可否认地方规范性文件对行政执法检察建议机制运行的指导意义，但是也必须正视地方规范性文件效力不高，权威性不够的现实。 目前看来行政执法检察建议尚缺乏明确直接的法律依据，一定程度上说，最高人民检察院司法解释也没能够为现实运行的行政执法检察建议提供规章依据和规则支持，行政执法检察建议最直接、明确的依据来自于各地自行制定的规范性文件，且不问这些地方规范性文件存在的诸多问题，但就这些规范文件的性质而论，它们均不算是“法”的范畴和外延之列，[①]所以，现实运行的不少行政执法检察建议游离于法的规制与引导之外，在法治发展的当今时代，依仗法制化程度如此低的工作规程运行如此重大的行政执法检察建议机制即是不可思议的，也是有悖法治要义和精神的。另外，由人民检察院自行制定规范性文件，明确、直接赋予检察权对行政权监督制约的广度与深度，这是明显背离正当程序原则要求的。

总之，当下的行政执法检察建议机制不仅其权威性明显不够而且还面临着正当性的质疑，因此，行政执法检察建议在实践运行中遭致种种障碍一定是在所难免的。

2. 行政执法检察建议机制法治化疏漏，十分粗糙。作为监督机制应该具备最基本的要素，至起码应该有监督的主体、监督的对象、监督的客体、监督原则、监督机制启动法定情形以及行政执法检察建议运作程序等方面的规定。正如文上所述，缘于行政执法检察建议所牵及的社会关系如此重大，所以应该精细化建构，不得疏漏、粗糙。我国目前相关行政执法检察建议的法文件却是十分的粗糙，相关行政执法检察建议机制的不少要素没能予以任何规定，存在着极大的疏漏。在中央立法层面，《人民检察院检察建议工作规定(试行)》是关乎行政执法检察建议机制的最直接规范性文件，该规范性文件仅仅11条，主要对检察建议的内容和形式、检察建议提出的情形以及检察建议的回访等作出了粗线条规定，《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》在第八章对检察建议监督机制作出了规定，但仅仅两条内容，实际上

① 严格意义的“法”，亦即狭义的“法”，在法的渊源或者表现形式上有法律、法规、规章几类，其制定的机关最低为设区市一级的权力机关和人民政府。地方检察院所制定的规范性文件尚不是严格意义的“法”或狭义的“法”。

牵涉到行政执法检察建议的仅仅是第四十八条这一条，该条是对行政执法检察建议提出情形的规定。目前运行的各地自行制定的相关行政执法检察建议的规范性文件，由于制定机关的层级较低，受制于视野不开阔、立法技术水平不高、立法条件有限等诸多不利因素，普遍存在着机制设置不科学和设置简单粗糙、疏漏等问题。

四、行政执法检察建议的完善

行政执法检察建议经过多年的探索已取得不斐成绩，在监督行政执法权方面也发挥着日益重要的作用，但是因于其制发不规范、强制力不足等问题，阻碍了行政执法检察建议整体功效的充分发挥。因此，在总结行政执法检察建议实践经验的基础上，针对其实践运行中存在的不足，提出改进措施和对策，以期充分发挥行政执法检察建议的制度价值。

（一）充足行政执法检察建议运行的正当性

正如文上所述，目前，行政执法检察建议在实践运行中尚无明确的法律依据，其较明确的法规范性文件的依据是最高检察院的司法解释，当然有的地方制定地方性法规为行政执法检察建议这一监督形式提供法依据，但总体说当下行政执法检察建议的法律依据层级不高，其实践运行的正当性亟待充足。笔者认为充足其正当性应该提升行政执法检察建议机制法治化依据法的层级，建议由最高国家权力通过法律形式建构行政执法检察建议机制。

（二）规范行政执法检察建议的制发

行政执法检察建议制发的规范化即是行政执法检察建议法制化水准提升的基本标志和必要举措，又是行政执法检察建议可以更大程度发挥监督社会效果的重要因素和主要理据，所以规范行政执法检察建议的制发是刻不容缓的。针对行政执法检察建议在实践适用中所存在的制发不规范问题，笔者提出如下建议：

1. 明确检察建议的制发主体和监督对象。行政执法检察建议是国家正式的法律文书，也是检察建议权行使的外在表现，这就决定了建议的制发主体必须是具有独立法人资格的各级检察机关，其任何内设部门都无权对外制发行政执法检察建议。而且，建议的监督对象必须是拥有独立行政执法权的国家行政机关或授权的其他行政执法主体，而不能是其内设部门。在行文级别上，检察机关通常只对同级的行政执法机关实施监督，若要向上级行政执法机关提出检察建议时，应当层报被监督机关同级的检察机关决定并提出建议，若要向下级行政执法机关提出建议时，可以指令与被监管机关同级的检察机关提出，也可以直接向被监督机关提出。

2. 优化检察建议的格式和内容。实践中，各地检察机关所作出的行政执法检察建议的格式、内容林林总总，不一而足，这显然背离了违法律文书的严谨性。为此，统一行政执法检察建议书的格式，精练该法律文书的内容是十分必要的。

根据最高人民检察院《人民检察院法律文书格式（样本）》的规定，可以将行政执法检察建议格式作如下设计：一是首部，包括制发单位、文书名称和文书编号；二是正文，包括发往单位、案件来源或提出建议的原因、事实和证据、法律依据和监督内容、要求事项；三是尾部，包括制发时间和签章。[①]除格式规范外，建议的内容是至关重要的，行政执法检察建议的质量和被监督者的整改直接取决于检察建议的内容。问题准确、原因明晰、对策有力、逻辑严谨是优质建议的重要标准。具体而言，其一，有关案件来源，建议应当阐明行政违法行为案件的来源或发现的途径，以及反映的问题和症结；其二，有关事实和证据，检察建议所载的事实应当客观准确、简明扼要，并附确实、充分的证据予以证明；其三，有关法律依据和监督内容，检察建议应当详细列明行政执法检察监督所依据的法律、法规或其他规范性文件依据，既包括检察建议权的法律依据，也包括行政执法行为所可能违反的法律、法规，检察监督的内容应当清晰明确、言之有物，分析论证深入严谨，对策措施切实可行；其四，有关要求事项，主要是指为落实检察建议而对行政执法机关提出的具体要求以及相应的保障措施，如明确抄送机制、回复期限、法律责任等。可以说，只有不断充实建议内容，完善建议的说理与论证，行政执法检察建议才能使被监督者由衷地接受监督，并贯彻检察监督的意见或建议。

3. 增补检察建议的基本类型。目前，行政执法检察建议主要有处置、纠错和整改三种基本类型，但是上述建议类型通常在行政行为违法而实际侵害了公民、法人或其他组织的合法权益事件发生之后而提出的，未能起到损害预防的作用，因而需要增补一类预防型的行政执法检察建议，丰富行政执法检察建议的基本类型，防止违法行政执法行为的发生。对此，俄罗斯检察机关的预先警告权制度可资借鉴。《俄罗斯联邦检察机关法》第25条赋予了检察长专属行使预先警告权，以禁止实施违法行政行为。[②]根据该法的规定预先警告权的行使必须同时具备下述条件：其一，监督的对象仅为公职人员；其二，监督的前提为充分掌握关于准备实施违法行为的信息；其三，监督的形式必须为书面形式；其四，监督的目的在于预防行政违法行为。[③]预先警告权是检察长专属行使的独立的监督权，也是对行政执法行为监督的重要途径，其最大的优势在于其能够提前制止公职人员准备实施或正在实施的行政违法行为，防止损害的发生或及时制止侵害后果的进一步扩大。

4. 完善检察建议的主管和审批。为扭转民行、公诉、预防等部门各自为政的局面，加强检察建议的内部管理是必然选择。一方面是必须明确主管部门。笔者建议无论何种行政执法检察建议，都应当归口于检察机关的案件管理中心，由其负责所有检察建议的登记、编号、

① 最高人民检察院法律政策研究室：《人民检察院法律文书格式（样本）》，中国法制出版社 2002 年版，第 352 页。

② 《俄罗斯联邦检察机关法》第 25 条规定，为了预防违法行为，并在掌握关于准备实施违法行为的信息情况下，检察长或副检察长应当向相应公职人员送达关于禁止实施违法行为的预先警告。而在掌握关于预备实施具有极端主义活动性质违法行为时，检察长或副检察长应当向相应的社会联合组织（宗教联合组织）的领导人及其他人送达关于禁止实施违法行为的预先警告。

③ ［俄］维诺库罗夫：《检察监督》（第七版），刘向文译，中国检察出版社 2009 年版，第 160 页。

审核、督办、评议和存档，其他任何部门不得自制检察建议。案件管理中心是检察机关内设的负责案件流程管理、监督评议各部门办案质量、统一对外联系协调以及办案数据收集、汇总、分析和发布的辅助性管理部门。无疑，案件管理中心是审查检察建议实体及程序合法性的最理想主体，同时笔者认为检察机关的案件管理中心不行使具体的法律监督职权，由其负责应该更具客观性、中立性，有利于跟踪、掌握行政执法机关的落实、整改情况，同时，也能够对本院发出的检察建议质量作出中肯的、合理的分析评价。另一方面，完善审批程序。笔者建议所有类型的检察建议都应实行三级审批制，首先由承办本案的检察官拟定检察建议初稿，经部门负责人同意后，交案件管理中心审核，最后报检察长签发后，才具有法律效力，方可以本院名义对外发送，若遇到疑难复杂或者有重大社会影响的案件时，检察长应当提请本院的检察委员会集体讨论决定。

（三） 提升行政执法检察建议的强制力

行政执法检察建议强制力的提升可以通过建立或健全下述制度进行：

1. 健全抄送和备案制度。行政执法检察建议除向被建议单位发送外，还应当抄送被建议单位的上级主管机关，明确被建议单位上级主管部门的义务，以期提高行政执法检察建议的执行力。笔者认为最高人民检察院颁布的《人民检察院检察建议工作规定(试行)》虽然对检察建议的抄送制度有所涉及，但并未规定被建议机关上级主管机关的督促义务，从而制约了检察建议抄送机制的实施效果。笔者认为检察建议抄送制度的根本目的并非仅仅为了让上级主管机关知悉下级行政执法机关的违法情况，而是经由人民检察院的呈送，引起上级主管机关的高度重视，进而凭借上级对下级机关的行政管理权，督促被建议单位纠正行政违法行为，依法履行自己的行政职权。在我国绝大多数行政执法机关上下一体，具有利益的一致性，若不设置上级主管机关对其下级机关的督促义务，必将致使检察建议落实不尽如人意。因此，只有在明确上级主管机关对其下级机关督促义务的前提下，检察建议抄送制度才有现实意义，即当被建议单位无正当理由拒绝整改或敷衍塞责或者消极抵制时，检察机关就可以要求其被监督、被建议机关的上级主管机关介入调查，责令有关机关和当事人纠正违法的行政执法行为。此外，笔者建议还必须建立向上一级检察机关和同级人大常委会的检察建议备案制度，使上述机关尽早掌握行政违法事项和行政执法检察建议的内容，在必要时给予指导，支持人民检察院对行政执法法律监督工作的开展，同时，也有利于加强对检察机关的自身监督，保障检察建议权依法行使。

2. 构建跟踪和回复制度。当下弱强制力是所有检察建议面临的共同问题，有的行政执法领域具有高度专业性、技术性，致使行政执法检察建议的强制力更弱。为此，笔者建议可以通过构建跟踪和反馈制度来提高检察建议的强制力。从行政执法检察建议的运用实践看，许多检察建议未能得到被监督、被建议行政执法机关的落实与人民检察院的跟踪机制不到位有密切的关系，如不少人民检察院只管检察建议的制发，对发出后的实施情况或落实整改情

况漠不关心。为彻底扭转该现象，保障行政执法检察监督的权威性，维护检察权的尊严，在检察建议发出之后，检察机关应当同步跟进，及时掌握相关单位的落实及整改情况，并根据所了解到的情况，进一步跟进适时提出应对措施和较具体明确的指导意见，从而实现检察监督的全程化和动态化。

与此同时，还应当确立检察建议回复制度，对行政执法机关的落实、回复提出明确的要求和期限。鉴于行政行为的时效性，笔者建议可以规定回复期限最长不超过30 天，检察机关可以根据个案情况在30天内确定回复的具体期限。[①]行政执法机关在收到检察建议后，经分析、研判，认为检察建议正确予以采纳的，应当立即进行整改，并在检察建议书规定的期限内将有关情况向发出检察建议的检察机关书面回复；反之，如果认为检察建议不妥，未予采纳的，也应当在规定期限内向该检察院书面回复，并载明事实和理由。若行政执法机关无正当理由，拒不采纳检察建议的，检察机关可以要求其上级主管机关介入调查和纠正；若检察机关认为行政执法机关不采纳理由成立的，则检察建议监督程序即告终止。

3. 创设检察建议约谈制度。检察建议约谈制度为是指检察机关在发送建议之余，约谈被建议、被监督单位，阐释检察建议内容，共同研究整改措施，帮助相关单位预防和减少行政违法或犯罪，并将约谈与跟踪回访相结合的一项工作机制。具体而言，约谈的对象为被建议、被监督单位的主要负责人，既可以个案单独约谈，也可以类案集中约谈，通常由承办部门将之与检察建议一同报请检察长审批或者提请检察委员会讨论决定。约谈由两名以上检察官参加，就行政违法行为的产生原因、对策措施和整改期限等问题，与被建议、被监督单位展开充分探讨和沟通，详细阐述法律法规，并形成《约谈记录》。约谈结束后，发出检察建议的人民检察院应当做好后续跟踪工作，被建议、被监督单位则要按照检察建议要求在规定期限内整改回复。[②]

4. 推动检察监督和人大监督的衔接。《各级人民代表大会常务委员会监督法》已就人大常委会检查监督法律法规实施情况、提出质询案等进行了较为详细的规定。目前各地人大常委会《关于加强检察机关法律监督工作的决定》更是明确提出支持检察机关依法开展法律监督工作，并对有关机关接受和配合人民检察院法律监督工作的情况进行监督。因此，法律

---

① 实践中，部分省级人大常委会已对检察建议的回复制度作出规定，如河北省人大常委会《关于加强人民检察院法律监督工作的决议》第七条就规定，人民政府对于检察机关针对行政执法工作提出检察建议的，应当及时办理，并于收到检察建议书三十日内书面反馈办理情况或结果：发生重大安全生产责任事故、环境污染事故、食品药品安全问题，依照规定及时通知检察机关介入调查。通过地方立法的保障，无疑增强了检察建议的强制力，有利于回复制度的实践运行。浙江省人大常委会《关于加强检察机关法律监督工作的决定》对检察建议的回复制度未作明确规定，但又授予相关部门根据本决定精神分别或者联合制定相关规定和具体的工作程序，因此，在制度构建上，可以先由省检察院与相关部门会签规范性文件明确检察建议的回复期限、方式等，待条件成熟再推动地方立法。

② 参见王立：《检察建议约谈制度研究——以北京市朝阳区人民检察院的实践探索为视角》，载《人民检察》2010 年第 19 期。

法规的上述规定已为检察监督与人大监督的衔接提供充分的制变依据，具体的机制构建包括：一提请人大质询。当行政执法机关无正当理由，拒不执行检察建议情况严重的，人民检察院可以向同级人大常委会提出质询案，由委员长会议或者主任会议决定是否交由行政执法机关答复。对于检察机关的质询案，行政执法机关应当书面答复，必要时，还可以会议形式要求行政执法机关负责人到场接受质询。以会议形式进行质询的，检察机关应当派代表列席，并发表法律意见。行政执法机关的答复意见，不符合法律规定的，可以再次提出质询。若是疑难、复杂或有较大社会影响的案件，可以由人大常委会将答复质询案的相关情况以典型案例形式予以刊发，使其他行政执法机关引以为鉴，起到类案指导的作用，扩大质询的社会功效；二是执法状况的检查。对法律法规实施状况的检查是人大常委会的重要职权。检察机关可以就行政执法监督过程中出现的普遍性问题提请人大常委会开展执法检查。人大常委会的执法检查报告及审议意见，被检查单位对其研究处理情况的报告，应当向本级人大代表通报并向社会公布，从而推动检察法律监督、人大执法检查和社会舆论监督三大力量的整合。三是撤职建议的审定。人民检察院作为国家的法律监督机关，必须监督行政执法机关的执法行为，对拒不履行检察建议而破坏法律统一正确实施的行政执法机关的主管领导，应当追究其领导责任。为此，人民检察院有权向人大常委会提交撤职案，以增强检察监督的效力。

5.确立责任追究机制。检察建议权是国家的法定权力，由人民检察院依法独立行使，被建议、被监督单位必须自觉接受监督。行政执法机关及其工作人员，若无正当理由，拒不履行检察建议要求，既是对其自身行政执法权的滥用，也是对法律监督要求的违反。从本质上说，无正当理由拒不履行检察建议也是一种渎职行为。为此，应当赋予人民检察院以惩戒权，构建完备的责任追究机制，从而确保检察建议的有效实现。对行政执法检察建议置若罔闻的人员，人民检察院可以提请主管机关、纪检监察等部门给予行政处分，情节严重的，可以依法追究其刑事责任。

（四）构建行政执法检察建议的救济途径

行政执法检察建议权与任何其他公权力一样，是一把双刃剑，亦即其行使不当也必将会危及社会公共秩序。因此，为保障行政执法检察建议的良性运行，防止权力滥用，应当设置纠错程序，并赋予被监督者以充分的救济权利。一是设置自动纠错机制。如果人民检察院在工作或接受利害关系人申诉的过程中发现所制发的行政执法检察建议不符合法律规定的，应当予以撤回或变更。但是，鉴于国家权力所具有的公信力、既定力及确定性，对行政执法检察建议的撤回或变更，无疑必须慎重，即只有经过检察委员会讨论，方可进行，从而维护检察建议的严肃性。此外，若上级检察机关发现下级检察机关的行政执法检察建议有不当之处的，可以指令下级检察机关纠正或直接作出处理决定交其执行；二是建立行政执法检察建议复议复核机制。行政执法机关对行政执法检察建议有异议的，有权向发出检察建议的人民检察院提出书面复议，并说明理由。相应的人民检察院应当认真审查行政执法机关的复议意见，

若理由成立的，应当对所发的行政执法检察建议作出相应处置，若不成立的，则应当责令行政执法机关按要求履行检察建议。行政执法机关仍然不服人民检察院复议决定的，可以提请上一级人民检察院复核，并层报被监督、被建议行政执法机关的上一级主管单位，由上一级人民检察院和行政执法机关上级主管单位共同研判后，作出最终的处理决定，笔者认为这样的设置方案可以实现法律监督和专业监管之间的平衡，有助于促进检察监督权与行政执法权的良性互动。

当前我国公共决策：原则、程序类型与发展*
——以合法性为标准的立法考量

朱海波**

摘　要：主体（权力）不合法、程序不合法抑或是结果不合法，三者任一都在根本上动摇决策有效性，进而阻碍通过决策有效分配社会公益这一公共治理目标之实现。故当前国家公共决策立法宜应严格遵循合法性考量，在恪守民主、科学和法治三原则的基本前提下，进一步将决策体系对于三原则之要求具体化为公众参与、政策协商、意见协调、专家意见法律处置、权力法定、正当程序和决策责任追究七项子原则，并围绕上述原则体系合理构建一个逻辑关系明确的决策程序体系。

关键词：公共决策；民主；科学；法治；程序

一、问题的提出

合法性概念由德国社会学者马克思.韦伯于20世纪初提出，原为韦伯讨论统治的类型时所用。在分析一个可靠统治的基础究竟有何要件时，韦伯引入合法性概念，将对合法性的信仰视为可靠统治赖以维系之要素，进而将合法统治区分为合法型统治、传统型统治和魅力型统治三种类型。其中，合法型统治的最纯粹类型，是“那种借助官僚体制的行政管理进行的统治”[①]，这种统治权力的重要特征在于“他们是合法授权进行统治的”[②]。韦伯进一步指出，合法授权之下的统治所遵循的规则体系，无论其系协议的还是强加的，泰半“都可能以理性为取向，即目的合乎理性或价值合乎理性为取向（或者两者兼而有之）”[③]。概言之，韦伯的合法型统治有三方面要素：1）授权合法；2）目的/价值合法（理）；3）统治合法。即以授权的合法性、目的或价值的合理性，来完成对统治合法性、抑或管理合法性之证成。依上述逻辑检视现代公共决策之过程，可推知决策的合法性及有效性首先也应当满足权力来源及目的或价值的合法、合理性。

现代意义之决策，其与制定政策意义大体相当。学者林德布鲁姆（C. E. Lindblom）视二者为同义词，美国学者西蒙(H.A. Simon）认为决策系行政之心脏[④]。公共决策或曰公共政策以公共性为核心展开叙事，通常具有其三方面特征:一是决策主体的公共性，即决策主体为公共权力机关；二是决策对象的公共性，即决策事项是与公共利益休戚相关的公共问题；三是决策目标的公共性，即事项所关涉者为公共利益。质言之，如果从公共利益理论[①]出发界定公共性，那么公共决策就要求公共权力在对公共问题的解决中实现对公共利益的有效分配。如学者伊斯顿（D. Easton）所言，“公共政策是对全社会的价值做有权威的分配”。[②] 这种分配的权威性虽不是必须来源于分配结果的公正性，但是如若以前述韦伯合法型统治三要素检视之，那么一个可能的结论就是：任何分配权力的权威性及其可持续性，都应当仰赖于分配体系中无论公共权力的来源、公共权力的运作抑或是公共利益的处置等一系列过程的合法、合理性。而这种合法、合理性很大程度上又能够为分配的公正性提供制度性保障，反过来可以进一步加强分配的权威性。

概言之，主体（权力）不合法、程序不合法抑或是结果不合法，三者任一都有可能在根本上动摇决策有效性，进而阻碍通过决策有效分配社会公益这一公共治理目标之实现。是故，公共决策的合法性要求贯穿于决策程序始终，从权力的源头开始，到权力的运行再到最后的分配结果，每一环节都需要满足合法性要件以实现合法型统治，最终实现现代民主政治之价值。

以上述合法性标准考量当前我国的公共决策，就如何确保主体（权力）、程序以及结果三个环节的合法合理，笔者认为可考虑从以下三角度展开叙事：一是当前我国公共决策必须遵循什么原则？二是这些决策原则的实现需要构建什么类型的程序？三是可能的完善方向在哪？综合当前学界研究及实践发展，笔者就上述问题概括出一个三项基本原则的分析框架，三项基本原则下内涵七个子原则：1）民主原则，内涵公众参与子原则和政策协商子原则；2）科学原则，内涵意见协调子原则和专家意见法律处置子原则；3）法治原则，内涵权力法定子原则、正当程序子原则和决策责任追究子原则。笔者希望未来我国决策立法能够认真考虑上述原则体系，并构建对应的决策程序框架，以确保公共决策的合法有效。以下试分论之。

二、民主原则体系及其程序逻辑

如果从人民主权的要求检视民主诉求，那么民主诉求首先回应的是对权力来源的合法性质疑：公共决策的决策权系公共权力，故其合法性应有赖于合法授权。合法授权形式上虽系程序问题，然权力机关所被授予之“权”，即便形式上来自于法律授予，实质上也源于人民让渡，这也正是我国现行宪法第一条规定“人民民主专政”的国体要义之所在。进而言之，即便已获立法授权，公共决策机关的权力运行过程仍应当诉诸作为程序的民主以确保人民福祉之最大化，这实质上就构成民主诉求的第二层要义，即民主不但系授权原则，而且应构成

*本文系朱海波主持广东省哲学社会科学“十二五”规划2014年度一般项目“重大行政决策程序基本法律问题研究”（编号：GD14CFX04）成果之一。

**朱海波，中共广东省委党校教授、硕士研究生导师，法学博士；校刊部副主任，《广东行政学院学报》、《岭南学刊》副主编。

① [德]马克思·韦伯：《经济与社会》（上卷），林荣远译，商务印书馆1998年版，第245页。
② 前注马克思·韦伯书，第241页。
③ 前注马克思·韦伯书，第242页。
④ [美] 赫伯特·A·西蒙：《管理决策新科学》，中国社会科学出版社1982年版，第34页。

① See Presh U.The Publicness of Public Administration. Administration & Society,2008,(2).
② 丹彤：《公共决策的民主原则及其限度》，载《人民论坛》2012第7期。

确保公共决策权力合法运行的重要过程性要件，系公共决策原则体系中的过程性原则。

19世纪以来的系列研究表明：民主及其治下的公共治理被认为更能增进人民福祉。特别是阿玛蒂亚.森（Amartyra Sen）关于民主与饥荒关系的研究更直观表达出民主对于促进人民福祉之重要性，“即增加社会为公民利益而行事的可能性”。[①]因之，民主系统之于现代政治，通常成为“一种人们所偏爱的政治系统，追求它的不朽成为一种政治伦理中心”。[②] 具体到我国，当前我国的决策民主就其法源而言需追溯至1982年《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第1-3条关于国家国体和政体之阐述。根据上引条文，中华人民共和国是人民民主专政的社会主义国家，一切权力属于人民，这构成当代中国民主制度的宪法基础。现行宪法关于人民主权的表述为公民实现自我管理提供可能，如孙斯坦所言，宪法“为一个运转良好的民主秩序创造前提，在这个民主秩序中，公民能够真正实现自我管理（self-government）。”[③] 而宪法所期许的这种自我管理在我国公共决策领域的发展，从十三大首提“党的决策的民主化和科学化”议题，十七大指出推进决策科学化、民主化的重点建设领域是“增强决策透明度和公众参与度”，到十八大报告明确“坚持科学决策、民主决策、依法决策，健全决策机制和程序”，国家用将近30年的公共决策实践，历经中共十三大、十七大以及十八大几个重要节点，在执政党最高层次文件的推动下，逐步奠定了民主原则在整个决策体系中的基础性地位。但是，笔者认为泛泛谈论决策民主于实践并无直接助益，民主原则应落实为具体行动。如何在决策体系中落实作为过程性原则的民主，从可操作性层面而言，笔者认为根据应确保主体的多元化和行动的有效性这两项目标之要求，将民主原则进一步具体化为公众参与原则和政策协商原则。

1. 公众参与原则。公众参与原则试图以决策主体的多元化尽可能促成决策利益的公平性，可以说是从决策实践层面对我国人民当家作主的社会主义民主原则的务实诠释。

公众参与原则在我国早期耳熟能详的表述，多为强调群众路线在国家公共权力机关各项工作中的重要性，这在1954年、1975年及1978年先后三部宪法中均有系列表述。如1954年宪法第17条，“一切国家机关必须依靠人民群众，经常保持同群众的密切联系，倾听群众的意见，接受群众的监督”等。但应注意的是，这一时期“公众参与”作为概念并不直接出现在国家宪法、法律、党的高层文件及历年《政府工作报告》等各类文献中。改变发生在20世纪80年代中后期。当时国家对决策科学化和民主化开始高度重视，后中共十七大报告首次将“公众参与”明确为决策科学化、民主化的重点建设领域，并先后于《全面推进依法行政实施纲要》（国发〔2004〕10号）、《关于加强市县政府依法行政的决定》（国发〔2008〕17号）、《关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）等国务院系列性文件中反复强调要加强行政决策程序法制建设，提出要致力于构建“建立健全公众参与、专家论证和

① [美]凯斯.R.孙斯坦：《设计民主：论宪法的作用》，法律出版社2006年版，第5页。
② [美]戴维·伊斯顿：《政治生活的系统分析》，华夏出版社1998年版，第16页。
③ 前注孙斯坦书，第5页。

政府决定相结合的行政决策机制”。与此同时在实践中，公众参与则从原则性目标进一步转化为基本的决策程序环节。

（1）在横向决策事项范畴上，公众参与多见于公用事业价格管制、环境保护、城乡规划、社会建设与管理等十二项[①]与人民群众利益密切相关的社会管理事项范围，而其程序在立法中则主要表现为听证、征求公众意见制度等。如我国《价格法》第23条、《环境影响评价法》第11条、《城乡规划法》第26条、《国有土地上房屋征收和补偿条例》第9、10、11条，《取水许可和水资源费征收管理条例》第18条等。

（2）在纵向阶段性程序领域，当前我国参与式治理的实现，如学者王锡锌等所言，需要基础性制度、支持性制度及核心程序技术制度的共同支持。[②]而具体到决策中的公众参与，笔者认为其中关键点在于信息公开、决策听证和风险评估三个程序的构建。而当前我国信息公开、决策听证和风险评估三个领域仍不同程度存在问题。

第一，信息公开是公众参与决策的前提。信息系决策之基础，公众对决策信息如无充分了解则难以有效参与决策。我国现行决策参与程序中的信息公开制度以2007年颁行的《中华人民共和国政府信息公开条例》为引导，同时辅以单行法及各地方性法规、规章的具体条款，如《环境影响评价法》第4条、《湖南省行政程序规定》第5条等。

就我国行政决策信息公开的制度现状而言，以下几个问题需重视：一是决策中的过程性信息，如内部辩论、讨论等是否需要公开？出于广开言路之需求，有学者认为内部讨论可免予公开，应适用信息公开中的酌情豁免原则。二是什么性质的过程性信息应当公开？有学者指出行政机关赖以最终决策的咨询性信息，其虽同属过程性信息但仍应当公开备查。[③] 笔者进而认为，在决策信息公开制度中构建就特定咨询性信息，包括异议性咨询信息和终局性咨询信息的公开备查制度尤为重要，因为上述两类信息公开与否将直接影响后文所述的专家意见等咨询性信息的法律效力，并进而制约后文所述之决策科学原则的实现。三是如何确定决策信息公开的时间、范围和途径。比如涉及征地、规划、垃圾焚烧等项目决策，其是否及时、有效公开将直接影响公众尤其利益相关方对决策的有效参与度。所以，在决策参与中构建明确的信息公开时效和范围制度将对公众有序参与决策提供实际而有效的支持。

第二，决策听证是参与式治理的重要形式，但我国当前尚无严格意义上的国家决策听证立法。虽然我国1996年颁行的《中华人民共和国行政处罚法》确立了对国家依法行政乃至整个法治建设都至关重要的听证制度，但是《行政处罚法》仅在个案裁决意义上而非决策范畴内确立了听证程序，所以这不是决策听证制度。至于2002年国务院令（第321号及第322

① 朱海波：《论我国的行政决策听证制度——以决策听证的法律效力为视角》，载《政治与法律》，2013年第7期。
② 王锡锌、章永乐：《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》，载《法商研究》2010年第5期。
③ 上海市行政法制研究所：《中美行政决策程序与机制研讨会综述》，载《政府法治简报》2013第20期，http://www.shanghailaw.gov.cn/portal/lawresearch/brief/brief201324594.htm.

号）颁行的《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》，仅旨在于规范行政立法及准立法行为中的听证行为，这亦非严格意义上的决策听证程序，因而有学者指出，“也就是说到目前为止，我国有关决策听证的制度并不存在。”[①]

实践中，现阶段我国各地方决策听证仅见于2008年以来各级行政决策的地方性法规、规章和规范性文件。如专门以听证等决策参与制度命名的《云南省人民政府重大决策听证制度实施办法》、《广东省重大行政决策听证规定》、《重庆市行政决策听证暂行办法》、《深圳市行政听证办法》等；或者在行政程序规定中涉及听证等参与制度，如《湖南省行政程序规定》第35-38条及第135 -144条，《杭州市人民政府开放式决策程序规定》第6 -8 条，等等。故国家层面的决策听证制度立法立迫在眉睫。

第三，警惕决策风险评估的形式化倾向。虽然国务院2010年《关于全面加强法治政府建设的意见》及2012年《关于建立健全重大决策社会稳定风险评估机制的指导意见(试行)的通知》以规范性文件的形式完成了中央层面对于行政决策风险评估制度的顶层设计，但应该注意的是，当前国内的决策风险评估颇有体制化倾向压倒法治化色彩之势，因而风险评估被认为前景堪忧，恐有沦为决策合法性的形式注脚之虞。对此，有学者指出，“以决策事项为逻辑起点，以程序正义为理念来设计行政决策风险评估制度”[②] 应构成为法治化风险评估发展之路。

2.政策协商原则。公众参与原则虽为决策民主提供了决策主体的多元化可能，但是参与进来的多元化利益如何达成共识，则必须仰赖协商制度所建立的意见交换平台。因之，确立决策中的政策协商原则可说是对决策民主行动的有效保障。

关于协商，标准理论可以参考汉密尔顿和罗尔斯分别在《联邦党人文集》和《正义论》的系列观点。这一系列观点的核心要义大体为：只要人们能够就相互对立的观点充分说明和深入讨论，那么就可能产生更好的结果。[③]至于政策协商，可以直观的理解为“多元行动主体对于公共政策的商谈、对话与讨论”，有学者就此从参与主体、参与方式、参与态度和参与立场四个层面对政策协商进行了释义。[④] 然而政策协商隐含的一个可能是，实际的协商过程中更可能会出现“群体两极分化”现象，而充分的协商反而通常可能导致协商群体成员朝协商之前原本就各自持有的倾向作更极端的发展以至于形成更为极端不可调和之对立，最终消解协商的意见收集和利益协调功能。[⑤] 对于如何化解协商中的群体两极分化困境，有学者指出应当重视立法设计，尤其是通过宪法设计和其它方式，以达致在根源上确保协商可以在更广泛的信息源和更广泛的公共领域中推进之诉求，而这种以宪法为核心的协商保障，被认

① 关保英：《论依法决策的法理》，载《江汉论坛》，2016第02期。
② 戚建刚：《我国行政决策风险评估制度之反思》，载《法学》，2014年第10期。
③ 前注孙斯坦书，第14页。
④ 章平，刘婧婷：《公共决策过程中的社会意见表达与政策协商——以新医改政策制定为例》，载《政治学研究》，载2013第3期。
⑤ 前注孙斯坦书，第15页。

为应该成为“民主宪法设计的核心”。[①]

就我国立法而言，关于协商的宪法表述见诸于现行《宪法》序言第八自然段所确立的人民政治协商制度。与此同时，辅以《宪法》112条至122条所建立的民主区域自治制度，以对少数族裔不同于其他群体的利益诉求，即少数民族文化可能形成的协商“飞地”（deliberative “enclave”），进行有效保护。至于上述宪法确立的协商原则如何务实地在事关社会发展重大问题和群众切身利益的问题等决策领域获得实现，2012年中共十八大报告进一步明确指出，“推进社会主义协商民主广泛、多层、制度化发展。通过国家政权机关、政协组织、党派团体等渠道，就经济社会发展重大问题和涉及群众切身利益的实际问题广泛协商”，笔者认为这可以被认为是当前国内以党的最高文件形式奠定了政策协商这一决策子原则。

三、科学原则及其程序逻辑

科学原则系结果性原则，基于对决策结果的正当性与合理性而提出。与前述民主原则相一致，科学原则始见于1986 年题为《决策民主化和科学化是政治体制改革的一个重要课题》的讲话，之后中共先后于十三大报告、十七大大报告及十八大报告等一系列党的最高层次决议中明确了决策科学化问题。

作为结果性原则，科学决策要求广泛的信息公开、完整的意见收集、深入的技术论证、充分的利益博弈和严格的程序控制。因之，科学原则以民主原则为前提，以法治原则为保障。民主原则与科学原则在功能上的区分主要在于：如果说民主原则为决策提供的是利益博弈的机会，是价值理性；那么科学原则旨在于从技术上促成特定利益诉求的实现，是工具理性。如学者王锡锌所言，科学与否主要事关“政策目标实现手段或技术方案所需要的知识”，并且主要涉及“政策制定的社会性事实”和“形成决策方案的专业性知识”两个因素。[②]公众参与中的价值博弈更多体现了基于常识、偏好的利益诉求，是个体性经验；而专家论证往往依赖经由系统学习、归纳与抽象而习得的专业性、理论性知识，是客观性知识。个体性经验与客观性知识不一定能够保持步调一致，是故科学技术的合乎理性不完全等于公众利益保护的正当性，特别是当公共决策机制仍是以专家委员会和技术官僚为主体的内部决策模式时[③]，争议往往在所难免。如三峡工程、2009 年农业部为转基因水稻和玉米颁发安全许可证等部分中央政府决策，都曾经或正在饱受诟病。因之，在实践中科学原则与民主原则的确可能发

① 前注孙斯坦书，第49-55页。
② 王锡锌：《行政决策正当性要素的个案解读——以北京市机动车“尾号限行”政策为个案的分析》，载《行政法学研究》，2009年第1期。
③ 陈玲，薛澜，赵静，林泽梁：《后常态科学下的公共政策决策———以转基因水稻审批过程为例》，载《科学学研究》，2010第9期。

生冲突。在这些冲突中，公众参与决策的实现鉴于公众在能力[①]、效率[②]和机会[③]等领域的困境往往处境堪忧，并且鉴于公众常识在科学知识面前通常的劣势地位，因而普通公众被认为理性匮乏且决策能力存疑。鉴于此，如何明确专家意见法律地位，确保决策科学有效，同时在立法中为专家意见与公众选择可能的冲突构建有效的沟通平台，应当构成今后以宪法为核心的决策程序设计的重要任务。

笔者建议于科学原则项下，明确两项衍生子原则：一是明确界定专家意见与公众意见的协调原则；二是明确如何处置专家意见的相关法律原则或程序。

1. 意见协调原则。可以考虑在决策立法或准立法文件设计中通过对决策类型和决策阶段的有效区分，明确二者分别应用的不同领域、层面或环节，尽可能实现公众与专家意见的无缝对接。

根据决策的时效性要求，笔者建议今后进一步立法中，在决策类型上明确危机、安全管理、科技等对时效性和专业性有特殊要求的危急决策、专业决策与常规决策之间的区别。其中，常规决策主要针对一般性经济与社会问题。与此同时，立法设计中必须有效区分决策前、决策中、决策后等几个阶段，分别就专家论证、公众参与的介入权限和介入程序进行明确规定。比如危机或安全类决策紧迫性强，所以专家论证介入决策的阶段应当是决策中甚至是决策前，介入的重点是科学性、可行性论证；对应的，公众参与在这类决策中则建议于决策后介入，介入的重点是咨询权、求偿权等评估性、利益性内容；而科技类决策专业性强，所以公众参与在程序上应置于决策前及决策后，重点放在“决策前咨询阶段利益诉求的输入以及决策对社会影响的风险评估”[④]；至于一般经济与社会政策，往往事关国计民生的一般利益，因此公众诉求往往应当于政策目标中直接体现。期望通过立法中就公众常识与专家意见在不同领域介入权限和介入程序的有效区分，能够更有效率的融合价值理性与工具理性，确保决策的科学性。

2. 对决策类型有效区分前提下的专家意见法律处置原则。专家论证近十年来频现于政府公共决策中，虽其兴起原本是为了推动决策的专业化和科学化发展，然近来却频陷于尴尬。

尴尬之一，专家论证沦为政府自证其决策合法性、规避决策法律责任的程序利器。决策中引入专家论证的预期在于提高决策的科学化水平，然为数不少的决策在履行了专家组科学化、合法化、合理性及可行性等论证程序之后，却依然难逃备受质疑甚至是失败的命运。如我国近年来关于转基因许可证项目、PX 项目选址、垃圾焚烧站选址、变电站选址、路桥修建规划选址等事关公共安全的一系列决策，都曾大规模引发民众对各级政府公共决策科学性、

① 贾西津：《中国公民参与：案例与模式》，社会科学文献出版社 2008 年版，第 35-36 页。
② 詹姆斯·布坎南，戈登·塔洛克：《同意的计算：立宪民主的逻辑基础》，陈光金译， 中国社会科学出版社 2000 年版，第 113-125 页。
③ 朱旭峰：《中国思想库：政策过程中的影响力研究》，清华大学出版社 2009 年版。
④ 王庆华、张海柱：《决策科学化与公众参与：冲突与调和——知识视角的公共决策观念反思与重构》，载《吉林大学社会科学学报》，2013 第 5 期。

公信力的信任危机，并由此延伸至基于对专家被雇佣、偏颇、知识有限、价值越位以及“知识-权力”垄断[①]等的合理怀疑，进而引发公众对专家公正性、公信力的广泛质疑。

尴尬之二，专家意见的法律地位不明确。即便专家们认真调研、论证并提出了完善的论证建议，但在实践中，并没有明白无误的关于如何处置专家意见、如何明确专家意见法律地位的立法条款。也就是说，决策实践中如果在专家论证环节专家意见和政府决策倾向相左，那么如何处置专家的质疑性甚至是反对性意见：是备案待查，还是重新论证？专家意见能否具有特定法律地位、准法律效力甚或是法律效力？遗憾的是，我们现行立法对此并无明确规定。实际情况有可能是，政府规避甚至是无视其不乐见的专家意见，而这一糟糕现状有可能进一步使专家论证沦为公权力形式上的合法化注脚。

因之，通过立法或准立法文件构建科学使用科学咨询的制度，使公共决策机关在如何科学使用科学咨询方面获得明确而适宜的指导以增进公共决策质量，就变得迫在眉睫。在各国立法或准立法文件中，就决策程序中专家介入的权限、事项范围和地位等多有立法。如美国早在 1972 年就通过《联邦咨询委员会法》(FACA)，英国政府科技办公室于 1997 年颁布《政策制定过程中的科学咨询》等。在立法中以明确的操作性技术规范指引科学咨询的使用方式及处置原则，这一做法对我国的公共决策机制有一定借鉴意义。就此，笔者建议我国今后的立法或准立法文件设计中：

一是建议明确设置各层级行政决策咨询的协调机构；

二是建议建立在决策分类管理前提下的专家意见法律地位分类管理管理制度。即仍然在对决策类型进行危急类、专业类与常规类等有效区分的前提下，如将公共决策区分为危机和安全管理决策、科技决策、国民经济发展决策、基本民生保障决策等事项范围，明确在不同类型决策事项下尤其是危机和安全管理类及科技类决策中，专家论证意见的法律地位、论证的范围、意见采纳与否的法律说明书等，以确保专家咨询意见的公开、透明和法律效力。

三是建议建立针对专家咨询的信息公开制度。除涉密个案外，应确保公共决策，尤其是危机和安全管理、科技类等决策程序中专家咨询环节的公开性。也就是说，专家意见虽系过程性信息，但是专家意见应当属于特殊的过程性信息，应当如上所述具有特定法律效力。因而专家意见不应享有如前所述的对过程性信息的公开豁免，而是应当推行建立专家意见的公开备查制度，目的在于以信息之公开促进专家意见的科学性，进而有助于确定专家意见的法律效力和法律地位，以增进决策之理性。

四、法治原则及其程序逻辑

在公共决策原则体系中，法治原则属保障性原则，为民主原则和科学原则的实施提供立

① 王锡锌：《我国公共决策专家咨询制度的悖论及其克服——以美国〈联邦咨询委员会法〉为借鉴》，载《法商研究》，2007 第 2 期。

法保障。法治原则的提出系现代法治政府依法行政内在逻辑之必然。法治政府究其实质，所需解决者乃权力的来源、运行及责任三方面问题：一是政府公共权力来源的合法性；二是政府公共权力运行的合法性；三是政府行政责任的法定性。因之，笔者认为一个适格的法治政府，应当是权力来源于宪法或法律之授权、根据授权依法定程序行使权力并依法承担行政违法后果之政府。基于上述逻辑，法治原则在现代行政决策中的实现，实际上要求建立权力法定、正当程序以及决策责任追究三个子原则。

1. 权力法定原则。广义的权力法定内涵权力的来源、权力的运行与责任承担三个范畴的法定。有鉴于后两者在本文中已经使用正当程序原则和决策责任追究原则进行讨论，故此处的权力法定专指第一种情况，即权力的来源法定。狭义的行政决策权在权属上属行政权范畴。作为公共权力，行政权在权源上必须依赖于宪法及法律授权，且其行使不得超出宪法及法律授权的范围，这在当前在国家立法层面的主要依据就是现行《宪法》第3、85-92、95-111、112-122条，2004年修订的《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第54-67条以及1982年施行的《中华人民共和国国务院组织法》之规定。然而实践中，决策权力法定原则在当前我国主要面临两个问题：

一是《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》与《国务院组织法》均制定较早，作为政府组织基本法，现在面临较为急迫的修订诉求。其中较为急迫者为与决策有关的行政组织法律制度，央、地政府间各自决策权限、上下级政府间以及政府与组成部门间不同行政机关层级行政机关的决策权限等，这些事项应在尽早中央立法层面得到完善。

二是权力法定原则内涵责任法定。早于2004年国务院印发的《全面推进依法行政实施纲要》就明确提出“谁决策、谁负责”的原则，十八届四中全会进一步明确“建立重大决策终身责任追究制度以及责任倒查机制”。职是之故，我们在未来立法中构建一套明确分配决策权、责、利各个要素的法律责任体系至关重要，与此同时应完善责任追究制度和权利救济制度。

2. 正当程序原则。英国丹宁勋爵（A.T.Denning）曾就“法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法”而提出“法律的正当程序”这一概念。[①] 这一概念最早于司法领域提出，但随着现代法治观念的发展及传播，法律正当程序理念已经拓展至与法律实施有关的方方面面，成为基本法律平等甚至是基本社会公平的根本保障。因之，公共决策权力的合法运行同样要求确立正当程序原则。

正当程序原则包括程序的形式正当和实质正当两个领域。形式正当要求程序法定。实质正当则主要关注价值，核心要义在于公共权力的行使必须符合公正与正义。二者间关系简而言之就是：形式正当与实质正当二者互相支持，不可分割。学者杨海坤早于2006年就指出决策立法或准立法文件中应将“程序性规则要求”和“实质性规则要求”两类规则同时予以

① [英]丹宁勋爵：《法律的正当程序》，法律出版社1999年版，前言第1页。

完善，并提出构建包括行政决策的公开制度、听证制度、咨询制度、论证制度、决定制度、说明理由制度、决策责任追究制度等在内的完整决策程序法律规范制。[①] 而就决策中的重大行政决策，2014年十八届四中全会明确把“公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定”确定为重大行政决策法定程序，国务院2015年出台的《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》则指出完善重大行政决策程序制度需要“明确决策主体、事项范围、法定程序、法律责任，规范决策流程，强化决策法定程序的刚性约束”，以此确保决策制度科学、程序正当、过程公开、责任明确。

上述理论和文件，一是说明正当程序原则无论在我国学界还是我国决策实践中，都正在成为共识；二是明确了今后国家及地方层面行政决策尤其是重大行政决策中，一个合法、正当的决策行为所应履行的基本法定程序类型；三是清晰界定未来国家决策程序立法中所必须确立的决策程序类型和环节。如笔者另文所叙，当前我国决策立法的主要问题之一就是国家层面立法缺位。现行立法多以地方人民政府规章甚至人民政府工作部门的规范性文件等准立法文件为主，法律位阶和法律效力等级偏低，这不利于国家公共决策权力整体的规范化、程序化发展。[②] 而就现行有效的决策类地方立法或准立法文件而言，一个突出特征就是对程序规定尤其是重大行政决策程序极为重视。当前我国尚无决策类地方性法规，而40部现行有效的决策类地方人民政府规章中，经查有23部直接命名为重大行政决策程序规定或规则：如《云南省重大行政决策程序规定》、《浙江省重大行政决策程序规定》、《广州市重大行政决策程序规定》、《辽宁省重大行政决策程序规定》、《西安市政府重大行政决策程序规定》、《甘肃省人民政府重大行政决策程序暂行规定》、《杭州市人民政府重大行政事项实施开放式决策程序规定》、《宁夏回族自治区重大行政决策规则》等等。剩下的18部决策类地方人民政府规章，也主要是关于决策中某个特定环节的程序规定，如《汕头市人民政府重大行政决策量化标准规定》、《贵阳市人民政府重大行政决策合法性审查规定》、《太原市政府重大事项决策听证办法（试行）》等。上述现象充分说明，当前我国的公共决策实务正在走向正当程序化的发展之路，亟需程序性立法。但是，在目前国家层面决策立法缺位的无可奈何之中，于是地方立法不得不暂时以地方人民政府规章甚至是规范性文件这样的低法律位阶形式勉强回应了公共决策对于正当法律程序制度的巨大诉求。

3. 决策责任追究原则。行政问责作为概念，最早由Jay M. Shafriz[③]于1985年首次提出，其后B. GuyPeters[④]和Janet V. Denhardt[⑤]分别就公共利益和民主原则在行政问责中的关键性和基础性地位作了阐述，这种阐述被认为是对行政伦理和公众期求的一种有效回应。

① 杨海坤、李兵：《建立健全科学民主行政决策的法律机制》，载《政治与法律》，2006年第3期。
② 前注朱海波文。
③ See Jay M. Shafriz. Introducing Public Administration（8th Edition）. New York：Routledge，2012.
④ See Guy Peters B. The Future of Governing（Studies in Government and Public Policy）.（2 Revised edition），Kansas：Univ Pr of Kansas，2001.
⑤ See Janet V. Denhardt. The New Public Service：Serving，not Steering［M］.（3rd Edition）Armonk，New York：Sharpe M EInc，2012.

国内行政问责研究近二十年来方兴未艾，主要聚焦于程序建构领域，在追责主体研究、行政问责监督机制研究、追责立法研究以及决策程序研究几方面研究都有建树[①]。决策责任追究作为行政问责之一环，亦系依法决策之本质要求。有学者对此从决策的事后跟踪、效果评价、责任认定、责任追究四方面提出了关于责任追究程序的构想。[②] 而在重大行政决策追责领域，我国于2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步提出“建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制”，其后国务院《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》明确要求“严格决策责任追究”，提出“根据实际需要进行重大行政决策后评估”、“健全并严格实施重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制”。对此，已有研究就责任承担的主体[③]、责任承担的类型及追责程序等领域展开研究。如在责任类型上，有学者认为应将重大行政决策责任区分为行政责任、行政连带责任和刑事责任[④]，还有学者则认为应区分为道德责任、政治责任和法律责任[⑤]等。再如在程序构建方面，有学者认为需要在厘清决策认定标准和界限、程序设置、追责主体和追责对象等前提下，构建统一规范和认定标准的包括启动程序、调查监督程序和处理程序三部分的重大行政决策终身追责程序制度。[⑥] 还有学者就追责时效提出不宜简单将“终身”理解为一辈子，“终身追责”应有一个确定年限[⑦]，等等。

综上可明确的一个结论就是：在公共决策的法治原则体系中确立决策责任追究子原则是必需的。但是笔者认为，今后在责任追究的立法构建中，除上述所列研究要旨之外，大方向上仍应注意把握以下三方面问题：

1）当前国家正处于深化改革的攻坚期，未来立法中是否需要探讨建立适当的容错保护机制，尤其针对程序正当而实际决策后果难以精确预期的行政决策类型？

2）注意区分公共行政决策和国有企业涉及公共利益的决策。前者是行政行为，后者虽因国有资产属性而事实上涉及公共利益，但笔者认为国有企业涉及公共利益的决策本质上仍然属于企业经营性的市场行为，应该遵循市场管理准则，而不宜一概以行政管理中的行政追责逻辑规范之。

3）必须有效区分行政决策和重大行政决策。重大行政决策的影响广泛，决策失误带来的后果往往比起一般行政决策更为严重，故二者责任形式不同，这种不同反映在实践中，就是当前国家不同层次的文件多已就重大决策明确提出建立“终身责任追究制度及责任倒查机制”。故能够否有效区分行政决策和重大行政决策至关重要。

① 高丽虹：《我国重大行政决策终身追究制度的路径选择》，载《华东经济管理》，2015第12期。
② 前注关保英文。
③ 韩春晖：《行政决策终身责任追究制的法律难题及其解决》，载《中国法学》2015年第6期。
④ 张倩：《重大行政决策法治化路径探究》，载《湖北社会科学》，2016年第1期。
⑤ 夏金莱：《重大行政决策终身责任追究制度研究——基于行政法学的视角》，载《法学评论》，2015年第4期。
⑥ 前注高丽虹文。
⑦ 前注韩春晖文。

根据学界研究建立的一系列判定决策“重大”与否的标准，譬如根据决策涉及相对人的数量及占总人口的比例、决策成本或金额的大小、对公共利益或公民切身利益的影响程度、是否对公民权利、自由有所限制、以及是否具有全局性、综合性、长期性影响等，重大行政决策一般被认为具有基础性、战略性、全局性、社会涉及面广、与公众利益密切相关等特点。其事项范围罗豪才先生曾从决策内容角度较为全面的将重大行政决策事项概括为规划、重大自然资源利用开发、制定经济体制等重大政策、重大管理措施、重大政府采购等项目、重大突发事件应急预案的制定和调整等六类。[①] 笔者认为，以上关于“重大”的定性标准虽然在理论上已形成大致探讨方向，但是实践中如何具体界定重大行政决策，实际上涉及三个环节：一是立法技术，怎么依法确定区分标准？二是判断主体，谁有权判断？三是依法行政，如何在实际决策中执行？

第一个环节，即立法如何确定判断标准并明确何谓“重大”？从立法技术而言，现有立法（准立法）一般需要结合抽象概括和列举规定二者综合进行。如2015年修订的《广州市重大行政决策程序规定》第5、6条，在抽象概括重大行政决策定义的基础上，详细列举出制定经济和社会发展重大政策措施等六类重大行政决策类型，并同时规定兜底条款。这样的立法（准立法）逻辑通常仅在概念基础和定性指标（即较为明确的事项范围）上，对是否属于“重大”进行预判。这同时也是当前各地方重大行政决策规定所通常采用的立法技术。这导致在实践中，对是否属于“重大”的争议，往往转而集中于定性指标之外对具体数量标准等定量指标的界定：如何确定判断不同时期、不同事项类型是否属于“重大”所应对应的具体数量标准？当前各地规定对此均不明确。这就引发出第二个环节的讨论。

第二个环节，即由谁根据立法定性对是否属于“重大”进行定量判断？笔者曾于2013年撰文提出，是否属于重大决策事项范围，这一判断应交由专业行政理性根据现有立法作出，是内部行政行为。[②] 也就是说，是否属于“重大”，虽其概念标准和定性指标应仰赖立法机关通过立法界定，但是鉴于行政决策系行政行为，且不同时期、不同事项、不同层级的量化要求差异较大，故出于行政合理性、效率性等价值考量，将具体的定量指标裁量权保留在行政机关手中更为可行，即由行政机关以内部行政行为的方式，依法明确重大行政决策事项范畴。但是这种方式往往为行政机关滥用裁量权，通过少列、甚至不列为重大行政决策事项的方式规避决策责任预留了极大空间。这就引发第三环节的谈论。

第三个环节，即如何在实际的决策中确定一个事项是否属于重大行政决策？根据上述两环节之逻辑，实践中行政机关部门出于利益考量，极有可能借助裁量权利用对定量标准的裁断权将某些具体决策置于重大行政决策事项范围之外，从而规避应当承担的决策责任。对此，就当前而言广州于2014年开始实施的重大决策事项目录管理制度有极大的借鉴价值。其核心程序即，由行政机关仰赖其专业行政理性，在立法（准立法）文件的定性范围及意见、建

① 罗豪才：《重大行政决策程序应入法》，载《中国社会科学报》2011年第3期第3版。
② 朱海波：《地方政府重大行政决策程序立法及其完善》，载《广东社会科学》2013第4期。

议征集基础上进行定量判断，制定重大行政决策事项目录，以年度发布的方式对重大决策事项实行动态目录管理：凡是属于当年度重大行政决策目录所列事项，则依据重大行政决策程序进行决策并承担法定决策责任。动态目录管理制度基于程序法治原则，克减行政裁量的随意性，有效制约行政机关对于裁量事项的定性与定量判断，有巨大的程序法治价值。是故，我们建议国家未来的立法积极借鉴这种有效的地方经验。

五、阶段性结论及展望

国务院 2016 年 4 月发布的《国务院 2016 年立法工作计划》将《重大行政决策程序暂行条例》列入了全面深化改革急需的立法项目范围之中。《重大行政决策程序暂行条例》如能出台，或许将大大改善本文所述当前我国决策类程序国家立法缺位的不利局面。正是基于此，本文研究在当前尤显基础而必要。

综合当前国内外法学与行政学等学科在理论上对于公共决策的理论预设及国内决策实践对此的发展和回应，本文研究一个非常清晰的脉络就是：当前国家公共决策立法宜应严格遵循合法性考量，在恪守民主、科学和法治三原则的基本前提下，进一步将决策体系对于三原则之要求具体化为公众参与、政策协商、意见协调、专家意见法律处置、权力法定、正当程序和决策责任追究七项子原则，并围绕上述原则体系合理构建一个逻辑关系明确的决策程序体系。与此同时，笔者希望能够在公共行政层面从依法决策的实践角度，逐步实现国家依法行政能力的飞跃发展；笔者甚至希望借助严格的依法决策程序所逐步塑造的公共理性，进一步推进人民民主专政的社会主义人民民主逻辑向现实化、可操作化的方向纵深发展。

我国医疗服务监督执法的困境与出路

张博源*

摘　要：我国医疗服务的现实困境主要源于行业自律的异化、行业管理形式化和监督执法弱化。在未来监管体制改革进程中，要促进监管理念向“风险预防”转变；建立医疗服务供方、需方、监管方等利益相关方的平等参与的合作治理法律框架；注重发挥信息规制的作用，通过行业立法细化有关监管与执法的权力内涵和边界。

关键词：医疗服务；政府规制；行政执法

一、引言

依法管制医疗服务市场，保障公民健康权是任何国家不可克减的义务。现代以来，伴随着福利国家思潮和政府公共职能的扩大，以及医疗卫生技术发展对个体和社会的“挤出效应”，风险社会对健康的负面影响日渐凸显。而国内医疗风险点多面广、医疗差错引发的医患矛盾时有发生，折射出导源于医学“父权主义”的医疗行业自律模式的严重危机。而我国医疗服务行业规制、监管执法能否逆转此困境，需要从对监管体制、执法体制的合法性、合理性等问题进行系统梳理，并藉此确立适应医改纵深化的法制框架。本文是对这一问题的初步解答，也期待能够为卫生监督执法制度在未来《基本医疗卫生法》中的“立法植入”做必要的理论预备。

二、卫生监督执法体制的由来

卫生监督属于国家行政监督的组成部分，同时也是政府卫生行政管理的重要手段。卫生监督体系是执行国家卫生法律法规，维护公共卫生秩序和医疗服务秩序的现实载体。卫生监督是政府卫生行政部门依据卫生法律法规的授权，对公民、法人和其他组织执行卫生法律法规的情况进行督促检查，对违反法律法规规定、危害人体健康的行为追究法律责任的一种卫生行政执法行为。卫生监督体系建立之初，我国医疗卫生领域的基本法律制度长期付之阙如，无法为明确卫生监督的合法地位和相应权限。卫生监督工作大部分依靠行政部门规章和政策性文件，成为助推监督体系建设的主要依据。

卫生监督的概念，在建国初期是以卫生防疫的形式最先出现的。20 世纪 80 年代的卫生

* 张博源，1967 年出生，男，首都医科大学法学系副教授，法学博士。研究方向：立法学、行政法学、医疗卫生法。

监督主要以传染病管理、国境卫生检疫、职业卫生、食品卫生等五大卫生管理。90 年代，职业卫生和食品卫生由卫生部新设的卫生监督司主责。20 世纪 80 年代，卫生监督进入法制化管理后，虽然卫生行政部门是卫生监督的执法主体，但是受上述体制的影响，卫生监督工作仍由其所属的卫生防疫站、职业病防治院(所)等单位承担。为贯彻落实《中共中央、国务院关于卫生改革与发展的决定》，2000 年 1 月经国务院同意，卫生部下发《关于卫生监督体制改革的意见》，提出“按照依法执政、政事分开和综合管理的原则，……理顺和完善现行卫生监督体制，建立结构合理、运转协调、行为规范、程序明晰、执法有力、办事高效的卫生监督新体制”。《意见》明确指出，“卫生监督所是同级卫生行政部门在其辖区内，依照国家法律、法规行使卫生监督职责的执行机构”。2000 年 2 月，八部委出台了《关于城镇医药卫生体制改革的指导意见》①(国办发[2000]16 号)提出“逐步实行卫生工作全行业管理。……理顺和完善卫生监督体制，依法行使卫生行政监督职责。”2001 年，卫生部《关于卫生监督体制改革实施的若干意见》，对卫生监督执行机构设置、主要工作职责、卫生监督队伍、监督执法经费、监督执行机构的内部制度建设和卫生监督检验机构的管理等问题进行了比较详细的阐述。同时，《疾病预防控制体制改革的指导意见》则重新划分了疾病预防控制机构与卫生监督机构的职责和任务。2000 年 7 月，《关于卫生事业补助政策的意见》(财社[2000]17 号)明确了政府对各类卫生事业的财政补助范围和补助方式，卫生监督机构与卫生行政部门财政补助范围和方式相同。“非典”之后，2005 年 1 月，卫生部《关于卫生监督体系建设的若干规定》强调综合执法，加强行业监管，规范卫生监督机构设置和监督队伍管理，强调落实卫生监督工作保障措施等。2006 年初，卫生部在原卫生执法监督司的基础上组建成立卫生部卫生监督局，从组织机构上进一步加强卫生部的卫生监管职能，特别是加强了医疗服务监督工作。其后，卫生部陆续出台《关于卫生监督体系建设的实施意见》(卫监督发[2006]223 号)，《全国卫生监督机构工作规范》、《卫生行政处罚程序》、《卫生行政执法文书规范》、《卫生监督制、着装管理规定》、《2005—2010 年全国卫生监督员教育培训规划》、《卫生行政执法责任制若干规定》以及《卫生监督稽查工作规范》等，为卫生监督执法法制体系提供了必要基础。

三、医疗服务管制的“三重困境”

医患纠纷已经成为当代中国社会的主要矛盾之一，依法治理医疗服务，不仅事关亿万人民的健康福祉，也是基于政府履行保障公民健康权的国家义务所必需的。在公立医院“垄断”医疗服务市场的当下，依法管制医疗服务，平抑社会矛盾，维护行业有序发展，是政府法治进程中的一项重要任务。自 2009 年以来，国家医改政策非常注重从顶层设计意义上融合“医

① 《关于城镇医药卫生体制改革指导意见》(国办发(2000)16 号)。

疗”、“医药”、“医保”等多部门的力量，解决“看病难、看病贵”的社会顽疾。近期的政策文本也再次强调“建立强有力的领导体制和医疗、医保、医药“三医”联动工作机制，为深化医改提供组织保障”①。显然，医疗行业自律是保障医改深化推进的重要任务。在医保对医疗行业的制约作用非常有限的情形下，医疗机构及其医务人员的自我约束、行业规制和监督执法，作为医疗行业的内部约束显得尤为重要。反观实践，不难发现当下我国医疗行业管理实践面临如下三种主要：

(一) 医疗行业的自律危机

当代医患矛盾与危机，某种程度上是医疗行业自律的危机。长期以来，我国医疗行业长期秉持一套“自律传统”。当法律遭遇像医疗技术这样的专业领域，通常保守“谦抑性”品格而少有干预。然而，在缺乏必要的伦理和法律调控的情形下，医疗执业者并非“道德人”而是奉行“经济人”的思考方式和行为模式，行业自治不仅有可能沦为“行业垄断”，也更为直接地导致了我国公立医疗机构的“行为异化”。“公立身份、私人行为”②的行为表象，以及游离于“公益性”宗旨的行为特质，都导源于医疗行业高度自治化的治理传统，值得追问的是这样一种“自律”传统是怎么形成的？监管、执法“断裂”与医疗行业扭曲性“自律”的生成，呈现着复杂的互为因果的关系。医疗服务属于供方诱导型服务，医疗机构及其医务人员的逐利行为，在医院内部约束和外部监督“双重匮乏”之下，成为公立公益性缺失、医患之间缺乏信任的直接根源。而长期以来注重纠纷解决的“末端治理”思路，医疗机构是医疗损害赔偿责任的最终担当者，医疗行业的公法干预非常薄弱，一定程度上将行业自律扭曲为对医疗机构“自我治理”的放任。

(二) 行业规制的形式化

我国管制医疗行为的安全性和医疗质量的职责部门比较分散。2008 年 9 月，卫生部增设医疗服务监管司，形成了以医疗服务监管司为主，政策法规司、医政司、食品安全综合协调与卫生监督局密切分工合作的医疗质量监管体系。监管司主要职责包括：负责医疗机构医疗服务监管工作；组织制定医疗机构医疗服务监管办法和实施方案并组织实施，建立、完善医疗服务监管体系；建立全国医疗机构医疗质量评价体系，制定医疗质量评价的相关规章制度、综合绩效评价办法和指标体系，并组织实施；负责建立医疗质量安全监管制度，制定医疗技术风险防范的管理规定、办法并组织实施；负责建立监管的长效机制，组织开展医疗质量、安全、服务、财务管理等方面的评价检查和监管工作；研究建立以病人为中心的公立医院监督制度；参与医药卫生体制改革，推进公立医院管理体制改革等。然而，并未明确由哪一个部门享有执法权和处罚权。与此同时，监管结论的披露不够及时、充分、透明也是一个主要症结。尽管如此，监管力量不足直接导致了公众对医疗服务质量得到有效规制的要求与

① 参见中央办公厅、国务院办公厅转发《国务院深化医药卫生体制改革领导小组关于进一步推广深化医药卫生体制改革经验的若干意见》。

② Vivian Linux（林光汶）等：《中国卫生政策》，北京大学医学出版社 2010 年版，第 221 页。

政府投入不足、人员配置不合理的现实之间的矛盾。具体体现在医疗质量监管的内部监管能力不足，外部监管长期处于“真空状态”。监管内容主要包括医疗机构及医疗人员主体资格、诊疗科目和医疗技术准入。此外，由于监管活动计划性差，执行力度较小。计划的监管频次无法严格执行，且多是在问题出现以后才开展临时性的、应急性的专项检查，滞后性较强的弊端。① 此外，实践中，还存在以医疗机构管理为导向、“以许可代监管”、轻视执法为特征的管理模式。然而，这种模式是基于公立医院公益性的基本假设而存在的，对公立医院放松管制将招致难以控制的复杂局面，最典型的例证就是，20 世纪末由于医院评审标准的设定缺乏合法性依据，导致医院评审领域的严重混乱，甚至逼停了刚刚启动的全国性医院评审工作。②

（三）医疗服务监督执法的有效性

我国卫生监督体制在建立之初就隐含着“合法性”危机，由于政策文件表述模糊，致使实践中监管执法的弱化局面。与此同时，有关医疗机构监督执法中还存在明显的“选择性执法”。监管重心主要集中在民营医疗机构违规医疗服务的查处。而对于公立医院医疗服务的行为失范则缺乏强有力介入。具体问题如下：

其一，执法主体地位的“尴尬”。由于卫生监督机构始终是卫生行政部门的一个执行机构，实际上是基于卫生行政主管机关的委托行使执法权。但是，由于卫生监督机构属于同级卫生行政主管部门的一个组成部门，实践中常常扮演“左手打右手”的尴尬角色。笔者访谈了解到，一些地区的监督执法机构在具体执行医疗卫生法律、法规过程中不可避免地与同级、上级机关及其部门产生“摩擦”，被同行视为“异己”，监督执法力度大为削弱。③由于常规的行业管理与监督执法“二元”分治，缺乏有效衔接，行业监管不到位成为常态。2016 年 5 月“魏则西事件”涉及的公立医院出租科室、DC-CIK 细胞免疫治疗法的安全性缺陷都暴露出的医疗服务的日常管理与监督执法的严重脱节。

其二，执法权限范围的界定问题。卫生监督机构权力来源主要依据来自于 2005 年前卫生部通过 39 号令颁布的《关于卫生监督体系建设的若干规定》（以下简称《规定》）。《规定》明确卫生监督的一项重要职责就是“依法监督医疗机构和采供血机构及其执业人员的执业活动，整顿和规范医疗服务市场，打击非法行医和非法采供血行为”。尤为重要的是，《规定》以很大的笔墨详尽规定了设区的市、县级卫生监督机构的工作职责。其中，除了卫生行政许

① 赵骏静、薛迪：《新医改中构建医疗监管模式的研究》，载《上海预防医学杂志》2009 年第 10 期。
② 1994 年国务院发布的《医疗机构管理条例》把医院评审作为医疗机构监督管理的一项重要行政措施。第 41 条规定，国家实行医疗机构评审制度，由专家组成的评审委员会按照医疗机构评审办法和评审标准，对医疗机构的执业活动、医疗服务质量等进行综合评价。医疗机构评审办法和评审标准由国务院卫生行政部门制定。同年，卫生部《医疗机构管理条例实施细则》第 73 条规定，各级医疗机构评审委员会负责医疗机构评审的具体实施。由于缺乏必要的权力制约和法制监督，医院评审的严重问题。1998 年，卫生部发布《卫生部关于医院评审工作的通知》（卫医发[1998]第 21 号）暂停第二周期医院评审。
③ 医疗卫生监督机构对医疗机构进行监督管理时，可能会出现卫生行政部门阻扰医疗卫生监督机构调查，或为被监督对象说情的现象。对医疗卫生监督工作的进行造成阻碍，同时也不能使监督机构的意见和处罚顺利施行。参见周书生：《南京市医疗卫生监督现状及对策》，载《临床医学研究与实践》，2016 年第 1 期。

可、公共卫生监督之外，涉及医疗服务监督的主要职责。①但是，其中“规范医疗服务行为”的表述比较含混，亟待更加具体的解释。

其三，执法依据与现行立法的矛盾。原卫生部39号令有关卫生监督机构职权中有关医疗执业主体（医院、医务人员）的资格检查和医疗行为规范，仅仅限于医疗服务质量监督的主体资格方面。与当前医疗质量法律、法规及规章的执法需求存在很大差距。例如，现行《医疗机构管理条例》对诊疗活动的定义也过于抽象和原则，不利于对具体违法行医行为的认定，使得监督执法机构对于足疗、按摩、美容、医疗器械免费体验等“边缘性诊疗行为”的监管无所适从，只是大量涉嫌非法行医的行为易于脱离执法部门的监管，其潜在的社会危害性不容轻视。

此外，由于存在人力资源不足、投入不足、部门协调不够，部门间执法职能交叉等问题，也在不同程度上制约了我姑医疗服务监督执法的总体绩效。②

三、完善医疗服务监督执法的基本进路

我国医疗服务监管执法的诸多症候不仅有体制性的因素，还包括立法、行业管理等多方面因素。究其根本是对医疗行业的自律性治理模式的路径依赖所致。问题的解决不仅需要进一步完善医疗服务基本法，还需要调整行政权力在行业“自我规制”与监督执法之间的配比关系。在具体行政执法改革措施方面，至少应当包括如下几个方面：

（一）以“风险预防”为导向，优化执法理念

政府之预防行政必须在行政权力处理问题的能力和采取应急措施的速度等方面日益展开。传统行政法范式中的法律优先与法律保留原则，在政府之安全保障活动中受到了前所未有的挑战。同时，以理性计算之系统倾向维持稳定均衡为假设的现代行政法范式亦难以应对高风险复杂问题与危机。后现代行政法范式的一个基本特征表现为一种创造性的风险管理与紧急状况下的危害防止活动。

医疗服务是特殊的、重要的安全生产领域。医疗安全是广大临床医生、相关学科工作者、医院管理者、患者及其亲属等共同关注的重要课题。患者安全问题是世界各国医务界共同关注的严重问题。我国 2009 年新医改政策把“为群众提供安全、有效、方便、价廉的医疗卫生服务”作为深化卫生体制改革的总体目标之一。其中，“安全”体现着医疗服务的首要价

① 具体包括三项内容：1、对医疗机构的执业资格、执业范围及其医务人员的执业资格、执业注册进行监督检查，规范医疗服务行为，打击非法行医；对医疗机构的传染病疫情报告、疫情控制措施、消毒隔离制度执行情况和医疗废物处置情况进行监督检查，查处违法行为；2、对采供血机构的执业资格、执业范围及其从业人员的资格进行监督检查，打击非法采供血行为；对采供血机构的采供血活动、传染病疫情报告和医疗废物处置情况进行监督检查，查处违法行为；3、对疾病预防控制机构的传染病疫情报告、预防控制措施和菌（毒）种管理情况进行监督检查，查处违法行为。
② 卫生部卫生监督局、复旦大学卫生发展战略研究中心：《卫生监督体系建设与发展报告》，人民卫生出版社 2008 年版，第 26 页。该报告详细列举了我国卫生监督体系存在的 32 类主要问题。

值，也必然是医疗服务监管与执法的重要目标。国外研究表明，全球的医疗成本危机虽然来自于医院管理和医疗流程中的无效率，而更核心的原因则在于现有医疗体系对医疗价值判断的误导。① 因此，需要及时纠正我国卫生监督执法的定位偏差，应当有效兼顾公共卫生监督与医疗服务监督，而不应有所偏废。在风险社会语境下，医疗服务必须遵循“安全”的核心价值取向，因而医疗服务监管与执法的一个终极目标是保障公民健康权益免受医疗技术发展以及应用过程中的各类技术性、人为性等风险因素的侵害。各国医疗立法在“安全”理念引领下，比较注重建立国家层面的风险预警机制和规制机制，发挥政府和非政府组织的协同作用，有效治理和维系医疗系统安全性。英国医疗风险监测制度体系的成就，就是基于这样的机制设计：即国家指导和资助所有关于改善患者安全，防范医疗风险的行动计划，有全国统一的患者安全行动计划；国家患者安全中心代表医疗行业行使具体职能，在初级保健领域涉及和考虑到了患者安全问题并实施一系列计划。② 从这一意义上，医疗服务的监管与执法的基本目标应该遵循一种“社会化”进路，而不应当片面强调各种技术指标和参数的选取。实际上，我国医疗安全与风险的管理理念经历了从“医疗质量”到“医疗质量与患者安全相结合”再到“注重预防控制”的变化历程。③ 可以预见，在我国医务界“风险文化”欠发达的情况下，安全意识尚待培育，以全面风险管理为基础理念的行业规范及法律制度不失为一个重要的发展方向。

（二）建构多主体参与的合作治理体制

参与式行政的兴起，有助于在政府与公众之间建立以双向互动和平等商谈为主要特征的合作治理关系。④ 本文认为，以医疗纠纷频发为外在表象的医疗服务监管困境的最根本原因，就是在医学父权主义价值观之下，医疗行业治理领域民主力量的匮乏。2009 年国家医改政策要求在加强行业自律的同时，还要注重“建立信息公开、社会多方参与的监管制度”。社会多方参与在主体范围上具有广泛性和多元性。不仅包括公立、民营医疗机构，更应当包括医务人员、患者以及其他社会组织在内。笔者认为，建立多主体参与的合作体制的要点有二：其一是以患者为代表的弱势群体的参与；其二，是卫生行政主管部门以外部门的参与。我国卫生服务的监督管理仍然体现着“自上而下”的传统，不够民营医疗机构、患者和社会组织的权利设定和权益救济，在一定程度上消解了这些“弱势主体”的积极效能，因此在本质上存在着合法性问题。而健康领域的公民参与权早已为国际公约所确认。1978 年世界卫生组织《阿拉木图宣言》强调，人民有个别地及集体地参与他们的卫生保健的权利与义务。除此之外，《宣言》多处强调公民及其家庭对初级卫生保健的规划、工作和管理等环节的参

① Michael E.Porter and Thomas H.Lee. The Strategy that will fix health care, Harvard Business Review,2013,October:2-19.
② 马彬等：《英国医疗风险监管体系的循证评价及其对我国医疗风险管理的启示——关注患者安全，预防医疗差错，提高医疗质量》，载《中国循证医学杂志》2006 年第 7 期。
③ 陈校云等：我国医疗风险的研究要素和范畴，载《中国循证医学杂志》2011 年第 11 期。
④ 参见方世荣、邓佑文、谭冰霖：《“参与式行政”的政府与公众关系》，北京大学出版社 2013 年版，第 62 页。

与和支持。而提高公民参与个人和社会健康事务的能力则属于政府不能克减的重要职责。对此，即使是在信息不对称的医疗专业领域，作为患者的公民参与也是必不可少的。2005 年，WHO 在“患者安全国际联盟”欧盟峰会首次提出“患者参与患者安全”（Patients For PatientsSafety，PPS）行动计划，倡导建立患者、卫生服务消费者、卫生保健工作者共同参与的国际网络，强调患者在提高医疗质量和安全中的核心地位，增强患者对安全策略的认识和参与，协助医务人员减少和避免医疗过失。① 调研发现，实践中常常出现患者因医疗过错起诉医院前后，向监督执法机构投诉医院存在违法行为并要求查处。而早期的行业规章并不排斥公民参与，只不过是以卫生监督机构权力的形式做了隐含式的表述。② 此外，还应当以培育和发展社会自治，提升社会自身在健康治理中的地位和作用为基本导向，通过设立有奖举报、行业黑名单等制度，充分激励包括医务人员在内的所有医疗行业从业者参与医疗风险信息的报告和分享，积极参与并创新行业管理创新，并以此推动健康领域的国家与社会共治。

医疗服务不是简单的医学问题，在本质上是一个具有复杂面相的社会问题。“合作治理”不是一种固定化、理想化的模式，而是一种不断变革的趋势。就医疗改革而言，依法确立合作治理的法制框架是克服改革实践中的“部门利益合法化”弊端的重要措施之一。为更有效应对健康风险，基本医疗卫生服务与保障领域应当超越“行业管理”的理念藩篱，合作治理的实践形态是一个从权威型合作的初级形态向民主型合作（即合作治理）发展的动态谱系。权威型合作模式的局限性在于，由于国家与社会之间是一种“权威—依附”的垂直性合作关系，双方缺少一种有效的沟通协商的对话平台，社会无法对政府形成一种有效的约束和促进，因而也具有其内在的缺陷，限制了公共治理的绩效。

（三）以强制信息披露为切入点，重构监督执法主体的权能

信息化监管工具的利用是对行政法规制工具的创新，③ 对于信息高度不对称的医疗服务行业的监管执法将大有裨益。2009 年医改把医疗质量监管纳入“强化医疗卫生监管”政策体系，要求“强化医疗卫生服务行为和质量监管，完善医疗卫生服务标准和质量评价体系，规范管理制度和工作流程，加快制定统一的疾病诊疗规范，健全医疗卫生服务质量监测网络。”2016 年，深化医改的政策文件进一步明确医疗服务的监管目标。就规范诊疗行为而言，具体任务包括：利用信息化手段对所有医疗机构门诊、住院诊疗行为和费用开展全程监控和智能审核，做到事前提醒、事中控制、事后审核。开展处方点评，加强信息公开和社会监督。加强合理用药和不良反应监测，对价格高、用量大、非治疗辅助性等药品建立重点监控目录，

① World Health Organization. World Alliance for Patient Safety. Global Patient Safety Challenge 2005-2006: Clean Care is Safer Care[R]. World Health Organization, 2005.
② 卫生部 2004 年 39 号令有关卫生监督执法机构具有卫生监督信息的收集、核实和上报；受理对违法行为的投诉、举报；以及开展卫生法律法规宣传教育的职责的规定。这些规定旨在通过对案件当事人的受理投诉和举报，以及对社会的法制宣传，以服务型执法的方式促进公民、社会组织等主体更好地参与监督执法工作，促进执法绩效的提高。
③ 张效羽：互联网分享经济对行政法规制的挑战与应对，载《环球法律评论》2016 年第 5 期。

开展跟踪监控、超常预警。严格控制公立医院规模过快增长。①由此观之，医疗行政主管部门的监管表现出明显的以控制医疗费用为主要特点的效率取向。与此不同的是，医疗服务监督执法应当始终秉持“合法性”、“合规性”取向，特别是在医疗服务风险点多面广、医疗服务合规性薄弱的当下，如何科学配置宝贵的执法资源，最大化地发挥其法律效能，无疑是一个不容回避的问题。

健全的行政组织法制可以解决行政主体的职权资格、机构设置和权利边界等问题，而健全的程序规则是行政行为依法行使、行政管理目标得以实现的基本保障。舍此，医疗行业规制将沦为空谈。因此，当务之急是对医疗行为监管做出科学、规范的制度化表述。更有必要通过立法进一步明确在医疗行为监管中行业执法机构的地位和具体职责，并具体廓清其与常设的监管部门的权力分界。众所周知，医疗服务高度信息不对称性，医疗行为监管应当侧重于医疗信息的披露，关键在于医疗信息披露制度和医疗信息共享系统的建立。② 实践表明，我国医疗服务监管始终存在“碎片化”现象，突出的表现为指不同监管主体之间的监管信息无法进行有效沟通，使任何一个监管者都不能全面了解被监管者的整体情况。

我国医疗安全风险信息存在着“多极不对称性”，不仅患者与医疗机构之间存在信息不对称性，行政机关与医疗机构之间也存在着信息不对称，专家之间也存在着信息不对称性。行政主管机关统一发布风险信息的不合理性在于：一方面相关医院存在隐瞒信息的情况；另一方面行政机关顾及医疗机构声誉、风险因素放大等多种因素，不愿意及时和全面公布信息。医疗行业内部与外部主体的患者、媒体之间也存在着信息待遇“内外有别”的不平等状态。根据2013年国家卫计委《医院向内部职工公开的信息目录》，医疗质量主要指标属于仅对内公开的范畴，且没有相应的法定依据。具体包括：如甲级病案率、入出院诊断符合率、手术前后诊断符合率、医院感染率、无菌手术切口甲级愈合率；重大医疗事故争议、医疗事故的处理结果。不仅患者很难获知这些信息，即便是行业主管部门也未必能够得到准确的信息。目前，我国医疗风险信息均由行政机关及其授权机构统一公布。医疗质量安全信息的发布、共享尚存法制空白，患者就医问诊的信息需求难以满足，面对虚假导医信息往往难辨真伪，很容易被误导和蒙骗。因此，应当赋予监督执法机构对医疗服务信息的强制性利用权。具体做法是，以卫生部39号令的规定为基础，强化辖区内各级各类医疗机构有关医疗服务信息的上报义务。第二，强化监督执法部门对违法行为的投诉的受理和督查权。据此强化对于医疗机构医疗行为的法律监督，从长远意义而言，这无疑有助于为医疗服务提供合法性、合规性指引。

① 参见2016年发布的《国务院深化医药卫生体制改革领导小组关于进一步推广深化医药卫生体制改革经验的若干意见》。

② 申卫星：医患关系的重塑与我国《医疗法》的制定，载《法学》2015年第12期。

电子商务监管措施：类型、问题及对策*

刘权**

摘要：采取适当的、必要的、与时俱进的电子商务监管措施，既能有力保护网络消费者、经营者的合法权益，又能有利促进电子商务的良性发展。我国目前的电子商务监管措施主要包括许可证、实名制、工商登记、备案登记、强制信息披露、制定标准、信用管理工具、监管谈话、出具警示函等类型。传统的监管措施已无法适应互联网时代新的电子商务模式，事前性监管措施过多、一些监管措施是不必要的、强制推行实名制存在个人信息重大安全隐患、监管措施缺位和重复并存、监管措施落后等问题亟需解决。应借鉴域外有益经验，并结合我国的具体国情，逐步完善我国的电子商务监管措施。

关键词：电子商务；监管措施；实名制；　平台治理

21世纪迅猛发展的基于互联网技术的电子商务，正在深深地改变人类社会的工作、生活与生产方式，其对人类社会之冲击与影响不亚于当年的工业革命。可以毫不夸张地说，电子商务经济必将成为未来世界知识经济的发展引擎和主要模式。作为世界上经济发展最快、网民人数最多的国家，电子商务已在我国呈现出勃勃生机，市场发展潜力巨大。据相关统计，2015年，中国电子商务交易额达18.3万亿元，同比增长36.5%，增幅上升5.1个百分点。其中，B2B电商交易额13.9万亿元，同比增长39%。网络零售市场交易规模3.8万亿元，同比增长35.7%。① “我国将成为全球规模最大的电子商务市场，电子商务行业将成为最具发展潜力、最有国际竞争力的行业。”②

然而，在电子商务迅猛发展为我们带来高效、便利与实惠的同时，与之相随的便是电子商务违法行为的日益增多。网络无照无证经营、网络假冒伪劣产品、网络虚假广告、网络虚假促销、网络个人信息泄漏、网络不正当竞争、网络知识产权侵权等等问题层出不穷。面对由日新月异的电子商务所引发的一系列问题，作为监管者的政府已变得日益力不从心，建立在传统经济类型基础上的政府监管措施已无法有效适应互联网时代新的电子商务模式，逐渐暴露出各种短板。因此，为了既能有力保护广大网络消费者、经营者的合法权益，又能有利于促进我国电子商务的良性发展，在当今电子商务蓬勃发展的互联网时代，政府应当积极地作出革命性的自我变革，对电子商务采取适当的、必要的、与时俱进的监管措施。那么，究竟什么是电子商务监管措施？我国现阶段有哪些类型的电子商务监管措施？我国的电子商

*本文系作者主持的2014年度国家法治与法学理论研究司法部一般课题“电子商务的行政法规制研究”（2014SFB20011）的阶段性成果。

**刘权，中央财经大学法学院讲师，法学博士。

① 中国电子商务研究中心：《2015年度中国电子商务市场监测数据》，2016年5月17日发布。

② 高德康：《加强监管，完善规则，规范电子商务发展》，载《人民法院报》2014年12月6日，第005版。

务的政府监管措施存在什么问题？又该如何完善我国的电子商务政府监管措施呢？本文试图对这些问题进行尝试性地解答，以期抛砖引玉。

一、电子商务监管措施的认知

所谓电子商务监管措施，是指为了保护网络消费者与经营者的合法权益，并促进网络经济的良性健康发展，由政府对电子商务经营主体所实施的监督、管理手段。

（一）电子商务监管措施的功能

政府之所以要对电子商务进行监管，主要有三大目的。换言之，电子商务监管措施具有三大功能。首先，保护网络消费者的合法权益。网络消费者通过电子商务，最终是为了通过网络交易行为获取商品。而通过网络所获取的商品，可能是假冒伪劣产品。虽然电子商务属于新型的市场经济活动，但仍然改变不了电子商务经营者追求利润最大化的商业本质，所以一些不良商家，为了获取更多的利润，就可能在网上销售假冒伪劣产品，以假充真，以次充好，从而就可能对网络消费者的生命、财产等合法权利造成损害。[①]除了可能购买到假冒伪劣产品外，网络消费者的个人身份信息、购买偏好等信息可能会被不当收集、泄漏。因此，通过电子商务监管措施，政府可以有效地保护消费者的各种合法权益。其次，保护网络经营者的合法权益。消费者在电子商务中需要被保护，经营者在电子商务中同样需要被保护。在电子商务中，网络经营者可能会受到不正当竞争、知识产权侵权等违法行为的损害。2014年国家工商总局颁布《网络交易管理办法》第19条详细规定了电子商务不正当竞争的情形，可以有效保护电子商务经营者的合法权益。第三，有利于促进电子商务经济的良性健康发展。电子商务是市场经济的一种新模式，虽然发展迅速，但却存在不少问题。在我国，普通消费者对电子商务的诚信度认可还不是很高，在网上购买的大多是价格相对比较便宜的小件商品，对于价格较高的大宗商品，大部分消费者更倾向于到实体店购买。如果政府通过适当的监管措施，有效地遏制电子商务违法行为的产生，就可以提高电子商务的诚信度，吸引更多的消费者、经营者参与到电子商务中来，从而使网络消费者能够更放心地购买，使网络经营者能够更安心地经营，进而有利于直接促进电子商务的良性健康发展。

（二）电子商务监管措施与平台治理措施的区别

除了政府可以对电子商务进行监管之外，第三方交易平台也会对卖家采取各种治理措施，那么，电子商务监管措施与第三方交易平台治理措施存在什么区别呢？首先，措施的依据不同。政府对电子商务的监管措施的依据主要为国家所制定的宪法、法律、行政法规、规章等正式法律文本，而第三方交易平台的内部治理措施的依据主要为该平台所制定的各种规则

① 例如，广州一淘宝店主孔某以每个数十元的价格购买大量假冒“CHANEL”注册商标的手提包，通过其在淘宝网注册名为“南越尚品”的网上商店，以每个100多元的价格销售。2011年1月28日，公安人员抓获孔某，并当场缴获货值超过7万元的假冒“CHANEL”注册商标的手提包549个。最终，孔某被判构成“销售假冒注册商标的商品罪”，判处有期徒刑1年3个月，并处罚金11万元。

（俗称为网规，其性质为软法）。例如，淘宝网所制定的《淘宝规则》、《淘宝禁售商品管理规范》、《淘宝网商品品质抽检规则》、《抽检项目处罚明细表》、《淘宝网商品材质标准》、《淘宝游戏平台管理规范》、《淘宝拍卖业务管理规范实施细则》等大量网规；第二，措施的法律效力不同。政府实施的电子商务监管措施是由国家强制力保障实施的，而第三方交易平台的内部治理措施虽然也有强制力，但并非是国家强制力。

在理想状态下，如果第三方交易平台治理水平足够高，有效地建立了各种安全保障、消费者权益保障等内部治理机制，就不需要政府监管。但现实却是，第三方交易平台内部治理水平并不高，各种机制还不是很健全，其所制定的各种网规科学性、民主性还不是很高；[①]而且，平台为了吸引更多的卖家加入，可能并不会实行非常严格的治理措施。因而，既不能过于强调电子商务的政府监管，也不能特别偏重电子商务的平台治理。由于在价值取向与功能上有诸多重合之处，政府与平台之间应该开展更多的合作，共同治理电子商务违法行为。

二、我国电子商务监管措施的类型

以实施时间为标准，电子商务监管措施可分为事前、事中和事后性监管措施；以内容性质为标准，电子商务监管措施可分为法律手段和技术手段；以监管空间的虚拟与否为标准，电子商务监管措施可分为线上监管措施和线下监管措施。具体来说，在我国，电子商务监管措施主要有以下类型：

1. 许可证

许可证是一种在我国被广泛运用的事前性监管措施。对于某些领域的电子商务，相关电子商务经营者只有具备特定的资质，并且经过政府相关部门的实质审核颁发许可证书后，才能从事相关电子商务活动。例如，对于网上药店的开设，根据我国相关规定，申请开设网上药店，必须建立在实体药店的基础上，具备“互联网药品交易服务机构资格证”和“互联网药品信息服务资格证书”，才能进行网上售药。再如，要在我国从事电子认证服务，应当获得许可证。根据《电子签名法》第18条规定：“从事电子认证服务，应当向国务院信息产业主管部门提出申请，并提交符合本法第十七条规定条件的相关材料。国务院信息产业主管部门接到申请后经依法审查，征求国务院商务主管部门等有关部门的意见后，自接到申请之日起四十五日内作出许可或者不予许可的决定。予以许可的，颁发电子认证许可证书；不予许可的，应当书面通知申请人并告知理由。”要在我国进行网上销售卷烟，应当申办准运证，

① 例如，淘宝围城系列事件，就是关于平台治理的矛盾，其所反应的是平台治理质量的问题。淘宝围城系列事件主要包括以下事件：（1）2010年淘宝新规门。2010年7月8日，淘宝更改搜索规则，导致大量中小卖家流量骤降，订单大量减少，中小卖家组成团队到淘宝杭州总部门前抗议。（2）2011年淘宝十月围城。2011年10月10日，淘宝将技术维护费提高到3万和6万，导致中小卖家资金链紧张，引发不满，中小卖家通过恶意购买、给出差评等形式向淘宝施压。（3）2013年双十二事件。2013年12月3日，淘宝展开整治虚假交易行为的行动，导致大量中小卖家被错误惩罚，许多宝贝被删，引发不满，中小卖家恶意拍下大卖家的商品然后退货或给予差评。

《关于卷烟网上交易有关问题的通知》规定："通过卷烟电子交易系统进行网上交易，必须是领有国家局烟草专卖许可证的中国烟草交易中心会员。……使用卷烟电子交易合同申办准运证时，申请单位须打印一份合同提交准运证签发机关，作为签发准运证的书面材料之一。"

2. 实名制

所谓实名制，是指对电子商务经营者的名称、注册号、注册地址、姓名、身份证明、联系电话、E-mail 等真实信息进行登记的制度。《网络交易管理办法》第 7 条规定了实名制："从事网络商品交易及有关服务的经营者，应当依法办理工商登记。从事网络商品交易的自然人，应当通过第三方交易平台开展经营活动，并向第三方交易平台提交其姓名、地址、有效身份证明、有效联系方式等真实身份信息。具备登记注册条件的，依法办理工商登记。"第 23 条规定："第三方交易平台经营者应当对申请进入平台销售商品或者提供服务的法人、其他经济组织或者个体工商户的经营主体身份进行审查和登记，建立登记档案并定期核实更新，在其从事经营活动的主页面醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。第三方交易平台经营者应当对尚不具备工商登记注册条件、申请进入平台销售商品或者提供服务的自然人的真实身份信息进行审查和登记，建立登记档案并定期核实更新，核发证明个人身份信息真实合法的标记，加载在其从事经营活动的主页面醒目位置。"通过这些规定可以发现，我国《网络交易管理办法》规定了强制实名制，可以将其分为两类：一类是组织型电子商务经营者，必须到工商部门进行实名登记；另一类是个人型电子商务经营者，不是必须进行工商登记，但是必须提供真实信息给第三方交易平台登记。

3. 工商登记

工商登记是政府在对申请人进入市场的条件进行审查，通过注册登记确认申请者从事市场经营活动的资格。对于电子商务来说，在我国从事网络商品交易及有关服务的非自然人经营者，应当依法办理工商登记。自然人从事电子商务，不是必须进行工商登记。例如，淘宝网中的个人卖家，就无须申请工商登记。2013 年 3 月 10 日提请十二届全国人大一次会议审议的国务院机构改革和职能转变方案提出，要改革工商登记制度，将"先证后照"改为"先照后证"。改革工商登记制度后，除涉及国家安全、公民生命财产安全等外，不再实行"先证后照"，创业者只要到工商部门领取一个营业执照，就可以从事一般性的生产经营活动，如果要从事需要许可的生产经营活动，再向主管部门申请。

4. 备案登记

备案登记是由监管部门事前对相关信息进行记录存档，以用于事后进行违法责任追究的监管措施。首先，备案登记不同于工商登记，工商登记的主管部门为工商行政机关，而备案登记的政府职能部门不限于工商行政管理机关；其次，备案登记只是进行形式审查。另外，备案登记也不同于实名制，虽然备案登记也要求实名，但备案登记的内容不仅仅只是记载真实的身份性信息，而且还包括记载真实的经营性信息等信息。我国目前正在推行的实名制是

要求对所有电子商务经营者都进行实名身份性信息登记，而备案登记则实行较早，它是对某些特殊领域的电子商务的监管要求。例如，商务部发布的《电子商务模式规范》规定："网上商厦的经营者必须通过合法的途径取得独立的固定网址，网站必须按照 IP 地址备案的要求以电子形式报备 IP 地址信息，并将备案信息刊登在网站首页下方。"再如，中国人民银行发布的《非金融机构支付服务管理办法》第 18 条规定："支付机构应当按照审慎经营的要求，制订支付业务办法及客户权益保障措施，建立健全风险管理和内部控制制度，并报所在地中国人民银行分支机构备案。"第 19 条规定："支付机构应当确定支付业务的收费项目和收费标准，并报所在地中国人民银行分支机构备案。"

5. 强制信息披露

强制信息披露是一项重要的监管措施。政府通过为电子商务经营者设定一定的信息披露义务，可以提高网络消费者的鉴别能力，减少电子商务欺诈行为的产生。例如，《网络交易管理办法》所要求的网上亮照就是一项重要的信息监管措施。该法第 8 条规定："已经工商行政管理部门登记注册并领取营业执照的法人、其他经济组织或者个体工商户，从事网络商品交易及有关服务的，应当在其网站首页或者从事经营活动的主页面醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。"第 23 条规定："第三方交易平台经营者应当对申请进入平台销售商品或者提供服务的法人、其他经济组织或者个体工商户的经营主体身份进行审查和登记，建立登记档案并定期核实更新，在其从事经营活动的主页面醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。"再如，《药品电子商务试点监督管理办法》第 16 条规定："在药品电子商务试点网站从事药品交易的药品经营企业必须在网上公布经营许可证和营业执照。"

除了网上亮照外，我国相关法律还规定网络商品经营者应当向消费者提供其他必要的信息。例如，《保险代理、经纪公司互联网保险业务监管办法》第 15 条规定："中国保监会应当在其互联网站上建立信息披露专栏，及时对符合本办法要求、开展互联网保险业务的保险代理、经纪公司名称及相关互联网站名称、网址等信息进行披露，便于社会公众查询和监督。中国保险行业协会应当在其互联网站上及时登载中国保监会披露的前款信息。"

6. 制定标准

制定标准是传统的经济规制和社会规制的重要手段。在电子商务中，以制定标准的形式进行监管已越来越多。例如，对于对电子商务提供支撑服务的快递服务业的监管，主要是以制定标准的形式进行的。2007 年，国家邮政局发布了《快递服务行业标准》，第 1 条规定："本标准规定了快递服务组织、服务环节、服务改进的基本要求。本标准适用于从事快递服务的组织和人员。"再如，2008 年，商务部制定了《网络购物服务规范》，第 1 条规定："本标准规定了基于互联网技术和网络通信手段缔结的网络购物的服务体系，描述了网络购物服务的合法性、安全性、公平性、合理性等方面的要求，规定了基本原则、网络购物交易方、

网络购物平台提供商、网络支付平台提供商、网络购物辅助服务提供商等方面的行为规范。”

7. 信用管理工具

建立信用档案，运用信用管理工具动态评价电子商务经营者的信用，是一种行之有效的监管技术手段。我国国家发展和改革委员会中国中小企业协会、中国信息协会、工业和信息化部中国电子商务协会联合发起并支持的电子商务信用管理工程信星计划，旨在提供系列面向中小企业、面向电子商务的信用管理工具，负责全国范围内电子商务信用建设推进。这种信用管理工具是建立在国家电子商务信用标准（《基于电子商务活动的交易主体企业信用档案规范》、《基于电子商务活动的交易主体企业信用评价指标体系和等级表示规范》）的基础上，借鉴和吸收传统信用管理的经验，结合电子商务的特点而研发的。运用信用管理工具，通过对电子商务经营者的信用进行动态评价，可以大大减少其欺诈违法行为的产生，不失为政府所应当进一步推广的一种重要的电子商务监管措施。

8. 监管谈话、出具警示函

监管谈话是近些年我国政府采用较多的一种措施，它是相关政府监管部门约请有违法情节的电子商务经营者进行谈话的活动。出具警示函则是由相关政府监管部门，直接对违法电子商务经营者进行违法警告的活动。监管谈话、出具警示函的目的旨在提醒警示电子商务经营者存在违法行为。如果其不进行及时改正，就可能会受到相应的法律制裁。规定监管谈话、出具警示函的法律例如，《证券投资基金销售机构通过第三方电子商务平台开展证券投资基金销售业务指引》第17条规定：“基金销售机构和第三方电子商务平台经营者违反相关法律法规及本规定的，中国证监会可以依法责令整改，暂停办理相关业务，情节严重的，取消业务备案；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以采取监管谈话、出具警示函、记入诚信档案等行政监管措施。”

除了以上几种典型的措施外，我国电子商务监管措施还包括价格控制、收费、收税、保证金、补贴、约谈、违法通告、黑名单等等。

三、我国电子商务监管措施存在的问题

（一）事前性监管措施过多，过于依赖许可证

在我国电子商务实践中，政府偏重于进行事前监管，对很多新兴的电子商务持保守怀疑的态度，设定了大量的事前性监管措施。而在对电子商务的事前性监管措施中，尤以许可性监管为甚。长期以来，我国政府过于重视许可，对许可证产生了过度依赖，甚至往往错误地认为监管就是许可，许可就是监管，所以导致许可性监管过多、过泛。

例如，要开设一家网上药店，必须同时具备互联网药品交易服务资格证书、互联网药品信息服务资格证书、药品经营许可证、食品流通许可证、执业药师证等多项证书。这种对于

网上药店的严格的事前许可监管措施，已大大阻碍了我国网上药品交易市场的健康发展。通过登录国家食品药品监督管理总局的官网可以发现，我国目前登记在册的网上药店共222家。[①]由于正规的网上交易许可证明难以获得，所以网上出现了数量庞大的“黑”药店。在国外，对网上药店的设立就没这么多限制，所以网上药品市场很发达。在欧洲，药剂师协会下属的药店，90%以上都开展网上药品预订服务；2007年，美国有1000多家网上药店，30%的药品销售在网上完成，市场规模将近1700亿美元；在北美，网上OTC药品销售额占到整体份额的30%以上。[②]

（二）强制推行实名制，存在个人信息重大安全隐患

以实名制的手段，记载电子商务经营者的真实信息，有利于预防遏制电子商务违法行为，使那些试图违法获取利润的商家不敢也不愿违法。由于可以事后及时查到真实信息，所以实名制还有利于责任追究，一旦出现电子商务违法行为，就可以直接追究到相关具体的责任人。

然而，实名制在促进电子商务交易安全性的同时，也可能损害个人的信息安全。在我国，至今还没有制定《个人信息保护法》，如果对所有电子商务都强制推行实名制，那么大量的个人信息就可能被平台滥用，特别是被规模较小的、管理不规范的平台滥用，例如，被平台非法买卖个人信息谋利。即使平台不滥用，个人信息也可能被黑客盗用。因此，我国目前推行的电子商务实名制，尽管可以取到一定的效果，但却存在个人信息重大安全隐患。

（三）一些监管措施是不必要的，有违市场经济基本规律

我国现阶段还处于社会主义市场经济发展初期，还没有完全实现从计划经济到市场经济的转轨，政府职能转变仍未完全到位，政府对市场的不当干预还非常多。在电子商务领域，政府经常出台一些不必要的监管措施，不仅耗费了大量的立法成本、执法成本等政府财政支出成本，损害了纳税人的利益，而且还干扰了市场经济的正常运行，得不偿失。

例如，在“图书禁折令”事件中，政府对网上图书的销售就进行了不必要的监管，政府强制限定图书价格，本身不仅违法，而且还违反市场经济的基本规律。网上书店销售图书只要不违反国家的相关法律，定价多少完全在于店主本人的决定，定价属于市场行为。只有通过公平的市场竞争，市场主体自主定价，才能形成一个合理的商品价格。“任何机构都无权强制规定书店销售图书的价格，毕竟图书不是公共产品，图书也不是关系到国家经济命脉的物品，销售价格不适合政府定价。”[③]再如，新闻出版总署2010年12月10日下发的《关于促进出版物网络发行健康发展的通知》明确规定，申请通过网络从事出版物批发的企业，应符合《出版物市场管理规定》第8条的规定，注册资本不少于200万元、经营场所的营业面积不少于50平方米。此规定为网络图书市场设定了不必要的市场准入条件，妨碍了正常的

①http://app1.sfda.gov.cn/datasearch/face3/dir.html，最后访问于2015年1月7日。
② 伍静妍：《11家合法网上药店对峙近万家“黑药店”》，http://tech.qq.com/a/20090709/000115.htm，最后访问于2015年1月8日。
③ 何勇：《新书“禁折令”与公平交易南辕北辙》，http://www.hf365.com/html/01/09/20100111/294805.htm，最后访问于2015年1月8日。

市场竞争秩序，一大批小型网络书店可能被迫出局。正如某电商分析师所认为，注册资金、营业面积等限制性条款大大影响了 C2C 类平台的个人卖家，“门槛的提高不仅淘汰了常规的出版物网络卖家，且将细分市场中的网络经营者进行了扫除。”[①]

（四）监管措施缺位和重复并存

目前，我国的很多部门都对电子商务具有监管权，但不同职能部门之间的分工并不明确。对于各部门对电子商务的监管内容、监管范围、监管程度权限并没有明确规定，从而造成无利都不管、有利争着管的尴尬局面，进而使得该监管的电子商务领域缺乏相应的监管措施，不该监管的电子商务领域却实行了重复的多头监管。

在电子商务的某些领域，还存在监管盲区，即存在监管措施缺位的问题。例如对网络广告的监管。在我国，隐形广告、虚假与不合法广告、不正当竞争行为广告在网上随处可见。目前对网络广告的监管几乎是空白，尽管一些地区出台了一些相关的规章，但由于条文缺乏可操作性、面对的监管对象是个新生事物等原因，造成对网络广告的监管比较乏力，再加上电子商务的超速发展，网络虚假广告和内容违法的广告数不胜数。[②]另外，对网络线上交易后的监管也存在缺位的情况，例如对网络商品物流配送、网络商品售后服务等环节也缺乏足够的监管措施。

对于某些电子商务，监管措施存在重复现象。这种重复的监管措施既可能来自于同一个监管部门或几个监管部门，也可能来自不同的监管部门。例如，经营者获取了相关许可有资格开实体药店，但如果要在网上销售药品，还得再次获得互联网销售相关许可，这是一种明显的重复监管。另一种重复监管源于不同部门的多头执法，不同部门对同一事项采取了重复的监管措施。

（五）监管措施落后，无法适应电子商务的新发展

“电子商务依托于高科技，取决于计算机和网络技术的发展和成熟，传统的行政管理模式和思维方式难以适应这一新生事物的特点。”[③]随着电子商务的不断发展，各种各样的电子商务违法案件层出不穷，如虚假网络广告、网络诈骗、个人信息泄漏、网络知识产权侵权等等。由于这些电子商务违法行为普遍存在违法成本低、隐蔽性强、传播迅速、涉案地域广等特点，所以传统的技术监管措施很难对其进行有效的监管，日益显得落后。传统的监管缺乏电子数据搜索分析技术、电子数据取证鉴定技术等先进的电子商务监管应用技术，大大制约了电子商务监管的有效性，从而导致消费者的合法权益得不到有力的保护，违法者的行为得不到应有的惩戒。

① 王家书：《出版物网络发行新规明年实行，小卖家叫苦连天》，http://tech.qq.com/a/20101220/000171.htm，最后访问于 2015 年 1 月 8 日。
② 参见国家工商行政管理总局市场规范管理司、中国工商行政管理学会、德国国际合作机构编著：《中德网络商品交易监管比较研究》，中国工商出版社 2011 年版，第 284 页。
③ 深圳市工商行政管局：《工商行政管理机关对电子商务的监管方式与途径》，载《市场监管理论与实践研究——中国工商行政管理学会 2001-2002 年度课题研究成果集》，第 527 页。

四、完善我国电子商务监管措施的对策

确立现代化的电子商务监管理念和监管措施，是当前我国推进国家治理体系和治理能力现代化不可分割的组成部分。在新的互联网时代背景下，我国电子商务监管措施存在诸多不足之处。政府如何把握电子商务监管的度，如何设定电子商务监管措施的种类，如何完善电子商务监管措施就显得至关重要。因此，为了既保障广大网络消费者、经营者的合法权益，又促进我国电子商务的良性发展，应当借鉴域外一些电子商务经济发达国家的有益经验，并结合我国的具体国情，逐步完善我国的电子商务监管措施。

（一）确立事后性监管模式，逐步减少许可性监管措施

在我国，对电子商务的事前性监管措施过多。毫无疑问，必要的事前性监管措施有利于防患于未然，预防侵犯消费者合法权益的电子商务违法行为的产生。然而，就如同硬币具有两面一样，政府对电子商务的监管是一把双刃剑，过度的、不适当的事前监管会束缚网络时代信息技术的创新，从而阻碍电子商务的良性发展，进而不利于整个电子商务市场经济的健康发展。因此，在我国应当确立事后性监管模式，逐步减少对电子商务的许可性监管措施。

在德国，电子商务市场发展迅速。据统计，德国 2005-2010 年期间电子商务交易额增长了近 65%，2010 年的交易额达到了 240 亿欧元。[①]由于德国实行的是社会市场经济模式，其核心在于自由市场和社会公正的有机结合，所以对于电子商务，德国政府奉行的是市场自由最大化原则，政府不会轻易干预电子商务的发展。对于某些可能损害国家利益和公众利益的电子商务行为，政府会认真权衡利弊而后作出监管措施，但德国会“尽量避免交易前监管”[②]。“一些德国的学者甚至认为，在电子商务领域，基本不存在事前的监管，政府的监管基本都是事后的。”[③]

美国是市场经济国家，提倡市场竞争自由，不主张政府对电子商务实行过多干预。所以对于电子商务，美国比较推崇行业自律，重视发挥市场自身的调节规范作用。对于电子商务的政府监管，美国是以问题为导向的，对于具体的电子商务违法问题，实行“一事一议”的监管原则，监管措施大多是事后性监管。早在 1997 年，美国总统克林顿就发布了《全球电子商务框架》，确立了对电子商务少干预、少限制的原则，避免设立不成熟的限制，只有在必要时才采取措施干预电子商务，从而“避免因政府过早介入而扼杀新技术、新市场的发展”。[④]

① 德国电子商务与远程交易协会，http：//www.versandhand.org/zahlen-undfakten/allgemeines/and hauptverband des deutschen Einzel Handels（HDE）（German Retail Federation）.
② 国家工商行政管理总局市场规范管理司、中国工商行政管理学会、德国国际合作机构编著：《中德网络商品交易监管比较研究》，中国工商出版社 2011 年版，第 113 页。
③ 阿拉木斯：《德国与欧盟电子商务监管研究》，载《信息网络安全》2011 年第 7 期，第 91 页。
④ 高家伟：《论电子商务与行政法的范围和手段》，载《行政法学研究》2002 年第 2 期，第 22 页。

因此，我国应当借鉴世界上大多数国家的电子商务监管经验，重视发挥市场在资源配置中的决定性作用，重视发挥行业协会或行业组织的自律性功能，在我国确立电子商务事后性监管模式，即在电子商务监管中，政府不应当事前主动过多的干预电子商务的发展，而应当以事后性的监管措施为主。确立事后性监管模式也是由互联网自身特性所决定的。互联网时代是信息时代，电子商务经济是信息经济。在电子商务监管中，政府面对的是成千上万的第三方交易平台和卖家，由于信息的海量巨大性，所以政府不可能对所有的网络产品和服务信息都一一进行有效地事前监管。而且，政府所获得的只是线上信息，这些线上信息和线下的实际的网络商品和服务可能并不一致，所以事前的监管效果非常有限。我国《行政许可法》相关条文也已明确规定，公民、法人或者其他组织能够自主决定的、市场竞争机制能够有效调节的、行业组织或者中介机构能够自律管理的、行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的事项，可以不设行政许可。因此，在电子商务监管模式选择上，我国应当确立事后性监管模式，即以事后性电子商务监管措施为主。

值得注意的是，在市场经济发达的国家，由于存在相对健全的市场，通过优胜劣汰的竞争机制，市场这只“无形的手”很多时候就能解决侵犯消费者合法权益的行为，用不着政府亲自“出手”。而在市场经济不发达的国家，由于市场不健全，还缺乏充分的竞争，市场这只“无形的手”很多时候并不能有效发挥作用，所以消费者的合法权益经常会被商家不当侵犯，而且由于消费者的受教育程度较低，缺乏足够的辨别能力容易被欺骗，所以市场经济不发达的国家，还不能完全放弃事前式监管措施。具体来说，在我国现阶段，属于计划经济向市场经济的转轨阶段，各种市场机制还不完善，成熟的市场竞争机制远未建立起来，所以在我国对电子商务的监管，应逐步减少类似于许可证性质的事前性监管措施，而并非一下子放弃所有的事前监管措施。

（二）实名制的问题应当交给市场去解决

由政府强制推行实名制，存在个人信息重大安全隐患。韩国网络实名制的兴废为我们提供了有益的教训。2012 年 8 月 23 日，经八名法官一致同意，韩国宪法裁判所指出，参考美、英、德等国的立法事例，其对网络的管理均基于民间自律，并未采用网络实名制，对网络违法行为完全可以通过“IP 追踪和刑事处罚、损害赔偿”等手段解决，所以最终判决网络实名制违宪[①]。在韩国实施五年之久的网络实名制，正式退出了历史舞台。

在我国，政府强制推行电子商务实名制，既不符合适度监管原则，强制实名制所造成的执法成本、权利损害成本等总成本与总收益明显不成比例，得不偿失；也不符合信息安全原则，强制实名制所追求的网络交易安全与个人信息安全产生了严重冲突。因此，对于电子商务实名制的问题，应当交由市场自身去解决，而不应当由政府强制推行。详言之，对于是否应当采用实名制，应当由电子商务第三方交易平台自己决定。如果平台制定网规要求实名制，

① 《韩国网络实名制兴废始末》，http://game.163.com/special/jianzheng_44/，最后访问于 2015 年 1 月 8 日。

卖家也愿意接受，则无可厚非，可以采用实名制，卖家如果不愿意，可以选择加入其他没有实名制的平台；如果平台有其它更好的平台治理措施，能有效防范欺诈违法行为的发生，当然也可以不采用实名制。通过实名制的市场选择过程，不仅能最终真实反映电子商务经营者的价值偏好，有利于实名制的实际执行，而且还能减轻政府的责任，因为如果政府强制推行实名制，个人信息被不当泄露例如被黑客盗用，个人就可能会归怨政府。

需要注意的是，在市场机制下，第三方交易平台为了吸引更多的卖家加入，可能会不采用实名制，如此一来，在某些情形下，由于找不到违法行为人就可能使网络消费者的权益受损而得不到赔偿。因此，在运用市场机制解决实名制问题的同时，应当适度增加平台的担保责任，即在无法使违法行为人承担赔偿责任时，即使平台没有过错，也应当让平台承担一定的损害赔偿责任。因为从公平角度来看，平台通过卖家获取了利润，取得了收益，就应当承担一定的结果赔偿责任，即使平台尽到了合理的注意义务。

通过市场机制解决实名制的问题，并不表明政府在所有电子商务领域都不应当实行实名制。恰恰相反，对于某些特殊的电子商务行业领域，适当的强制实名制是必要的。例如，网上销售食品、药品，一旦网络消费者购买了有毒有害的、劣质的食品、药品，就可能会造成无法弥补挽救的永久损害。政府在这些特殊的电子商务行业领域可以推行实名制，但应当进行成本收益分析，如果经过科学的计算，能够证明收益相对于成本来说是成比例的，并且这种实名制无法通过市场自发形成，那么就可以在这些特殊行业领域强制推行实名制。

（三）应重视备案登记

备案登记是一种有效的事后性监管措施，它是对电子商务经营者的身份性信息、经营性信息等信息的记载。“一种相较于许可而言更为宽松且成本更低的方式，就是信息登记、备案制度。”[①]虽然备案登记在网络交易前就要完成，但备案登记的目的并不在于进行事前的实质性控制，而在于事后的违法责任追究惩戒，所以它有别于事前的许可性监管措施。事前的许可性监管措施要求相关部门对电子商务业务进行实质性全面审查，试图通过资质控制和数量限制来达到保护网络交易安全的目的。而备案登记并不要求进行实质审查，没有资质限制与数量限制，其既能有效起到事后惩戒违法的电子商务经营者的作用，又不妨碍电子商务的快速发展与创新。例如，对于网络广告的备案登记，就能起到很好的监管效果。“网络广告备案本身就对网站的网络广告经营行为具有约束作用，备案还可以极大地提高监管的有效性，并有利于取得违法广告的证据。”[②]

然而，在实践中，许多情形的备案登记异化成了许可性备案登记。换言之，备案登记“事实上成为附含实体准入条件的许可”[③]。在某些电子商务领域，政府将备案登记作为开展某项业务的前提条件，如果不进行备案登记，就不能开展某项业务。例如，《证券投资基金销

① Colin Scott：《作为规制与治理工具的行政许可》，载《法学研究》2014 年第 2 期，第 40 页。
② 北京市工商行政管理学会：《电子商务监管的几点思考》，载《市场监管理论与实践研究——中国工商行政管理学会 2001-2002 年度课题研究成果集》，第 555 页。
③ Colin Scott：《作为规制与治理工具的行政许可》，载《法学研究》2014 年第 2 期，第 41 页。

售机构通过第三方电子商务平台开展证券投资基金销售业务指引》第4条规定："第三方电子商务平台为基金销售机构的销售业务提供辅助服务的，其经营者应当按照中国证券监督管理委员会（以以下简称中国证监会）的规定进行备案；未报中国证监会备案的，第三方电子商务平台经营者不得开展相关业务。"许可性备案登记在实质上仍然属于事前性许可措施，应当予以避免。

（四）建立网上巡查平台，完善电子商务信息监管措施

对于传统的实体店的监管，工商行政部门、质检部门等相关政府职能部门经常会开展一些定期或不定期的现场执法检查，这是一种很重要的监管措施。而对于电子商务，由于主要都是在网上交易，所以不可能以传统的方式开展日常的行政执法检查监督。电子商务就是一种信息商务，对电子商务的监管就是对信息的监管。对电子商务信息监管的好坏程度，直接决定了对网络消费者和经营者合法权益的保护程度。因此，应当变革监管方式，引入电子行政执法，建立电子商务网上巡查平台，加强对电子商务的信息监管。电子商务网上巡查应当巡查电子商务网站是否在醒目位置公开营业执照信息或者其营业执照电子链接标识情况等信息，应当巡查电子商务经营者发布的商品和服务信息的监控，这些信息主要应当包括经营者向消费者说明的商品或服务的名称、种类、数量、质量、价格、运费、配送方式、支付形式、退换货方式等主要信息。

由于电子商务网站成千上万，相关网络信息更是不计其数且瞬息万变，所以政府应当加强与社会科研团体、高效科研机构的技术合作，积极开发现代化的监管新技术手段。例如，对于网络广告，可以"开发有关广告监测软件，设定各种违法广告的关键词，自动监测网站发布的广告，并将不同类型的违法广告分门别类存入监测机构数据库，有专人进行调查。"[①]在日本，研究者开发了对一些特定网站进行过滤的"聪明晶片"，用于自动防堵用户浏览可能虚假内容的网站。充分运用高科技技术手段，不仅能够防止电子商务经营者进行网络诈骗等违法行为的发生，而且还能够降低电子商务的监管难度，提高监管效率。当然，作为网络商品间接经营者的第三方交易平台，也应当积极研发新技术手段，以对入驻的众多卖家进行更好地内部治理。

对于电子商子商务经营者所披露的信息，无论是基于国家立法的强制信息披露，还是基于平台网规的协议披露，都存在错误或故意误导网络消费者的可能，特别是对于某些线上所特有的信息披露方式，更应当加强信息规制。例如，应当特别关注误导消费者购买选择的各种信息，巡查电子商务经营者是否具有故意夸大商品销量、是否故意抬高评分、是否故意雇人写好评、是否故意删除差评等违法行为。

（五）推进电子商务标准制定的科学化与民主化

制定标准是一项很重要的电子商务监管措施，它不仅能有效规范引导电子商务经营者的

① 深圳市工商行政管局：《工商行政管理机关对电子商务的监管方式与途径》，载《市场监管理论与实践研究——中国工商行政管理学会2001-2002年度课题研究成果集》，第530页。

行为，而且由于其明确具体，所以还有利于电子商务纠纷的及时有效解决。但在我国，很多电子商务标准的制定还缺乏科学化与民主化，很多标准都是由少数几个人关着门在办公室里草率制定的。因此，应当不断推进我国电子商务标准制定的科学化与民主化程度。首先，政府在制定标准时，应当进行科学的实证调查研究，并且通过座谈会、听证会、网上听取意见等方式，让更多的电子商务经营者、行业协会、网络消费者参与到标准的制定中来，充分表达自己对某项标准的看法，进行相互辩论；其次，政府不应当垄断标准的制定权，而应当将某些标准的制定完全交给平台、行业协会。同样，平台、行业协会在制定标准时，也应当注重科学性与民主性，应注重实证调研，应当让尽可能多的卖家、网络消费者等参与到标准的制定中来。得到广泛参与的电子商务标准制定过程，不仅可以提高标准的科学性，而且还可以使标准实行起来阻力更小，更容易被遵守。需要注意的是，标准一经制定，就不应当随意改变，如果确实由于情势发生了变化，在改变标准时也应当重视科学性与民主性。

（六）完善电子商务信用监管措施

民无信而不立，商无信而不存。市场经济是信用经济，传统的市场经济主体为了使自己在激烈的市场竞争中立于不败之地，一般都很重视自身的信用。"网络商品交易作为一种新的商品交易形态，与传统商业相比，对交易双方信用程度的要求更高。信用监管成为维护网络市场良好秩序的关键。"[①]"电子商务健康快速发展关键在于质量和诚信。"[②]因此，对于电子商务，应当以信用监管为统领，建立健全长效的信用监管机制，将信用监管贯穿于电子商务的整个发展过程之中。我国已开始逐步探索推进电子商务信用体系建设。[③]信用是决定电子商务市场健康发展的核心要素，信用就是金钱。如果信用监管措施有力，电子商务经营者为了获取更多的利润，就不会也不敢轻易失信，侵犯消费者合法权益的违法行为就会少很多。

《网络交易管理办法》第40条规定："县级以上工商行政管理部门应当建立网络商品交易及有关服务信用档案，记录日常监督检查结果、违法行为查处等情况。根据信用档案的记录，对网络商品经营者、有关服务经营者实施信用分类监管。"因此，应当加快电子商务信用体系建设，探索电子商务交易市场信用分类监管措施，研究电子商务经营主体的信用特点，开发出科学的电子商务经营主体信用指标评价体系。这些信用评价指标应当包括网民投诉情况、是否受过处罚、被处罚的性质与种类等等。根据这些不同的信用评价指标，可以作出不同的信用评价，并最终公开。

值得注意的是，对于电子商务的信用记录，根据信用记录形成的主体不同，应当区别以

① 国家工商行政管理总局市场规范管理司、中国工商行政管理学会、德国国际合作机构编著：《中德网络商品交易监管比较研究》，中国工商出版社2011年版，第96页。

② 袁震、王媛：《走出中国特色电子商务产品质量监管之路》，载《中国质量报》2013年12月2日，第001版。

③ 例如，2012年2月，国家工商总局批准深圳市局在深圳市开展电子商务可信交易环境建设试点工作；2012年6月，国家工商总局选择深圳、重庆、哈尔滨、郑州、福州五市作为电子商务诚信交易服务试点城市；2013年9月，国家工商总局批准江苏、山东、河南、湖南、四川省工商局开展电子商务可信交易环境建设试点工作。

下几种情形分别对待：第一，由政府形成的信用记录。对于此类信用记录，政府只应当记录与电子商务有直接联系的信用信息，与电子商务交易无关的道德信息不应当记录。政府记录的信用信息应当是成熟的信息，即应当是政府对电子商务违法行为者作出的最终处理信息。对于政府形成的信用记录，应当具有公开性，政府既可以主动公开，也可以依相对人申请公开。另外，应当建立不同部门的信用信息共享机制。第二，由平台形成的信用记录。平台是卖家的直接管理者，更能有效掌握大量的一手信用信息，所以应当赋予平台更多的信用信息记录义务，使其承担更多的信用信息收集、整理、披露、控制错误或误导信息的义务。需要注意的是，对于平台所形成的信用信息，应当由其自主决定是否主动公开，是否与其它平台共享，这是由市场竞争机制决定的，如果某个平台信用信息披露的真实、充分，就会吸引更多的网络消费者，从而该平台就会变得更强大，如果某个平台的信用信息披露的不真实、不充分，其就会在激烈的市场竞争中被淘汰，所以无需政府强制规定平台必须公开自己所形成的信用信息。第三，由第三方征信机构形成的信用记录。相对于政府、平台来说，第三方征信机构在某些时候更能独立、有效、全面地记录电子商务信用信息，所以应当鼓励第三方征信机构进行信用信息评价记录，但由于存在过度追求利润的倾向，应当明确规定第三方征信机构的资质条件，并对其进行适当监管。

五、结　语

在当今世界，互联网技术高度发达，各行各业的电子商务正如雨后春笋般大量涌现。然而，法律总是滞后于社会生活的。面对互联网时代瞬息万变的电子商务，政府应当及时摒弃落后的监管理念与原则，积极改进现有的监管措施，不断创设新型的监管措施。

然而，也绝不能过分夸大政府在电子商务监管中的作用。因为可以肯定地说，在电子商务领域，第三方交易平台治理措施的数量远远大于政府监管措施的数量，第三方交易平台掌握的信息远远大于政府所获取的信息，第三方交易平台治理的作用也远远大于政府监管的作用。因此，政府应当遵守辅助性原则，在采取电子商务监管措施时，不能过度侵犯第三方交易平台的自治权。但同时政府也不能完全退出对电子商务的监管，由于第三方交易平台治理存在网规不健全、逐利最大化等问题，如果任凭第三方交易平台自治，就可能导致大量侵犯网络消费者、经营者合法权益的行为的产生，所以政府应当为第三方交易平台设定最低限度的法定监管义务，规定适当的法定监管措施。①

另外，由于电子商务具有开放性、跨域性、交互性、多变性等特征，所以在如今大数据的信息时代，如何开展跨地区、跨国界的电子商务监管协作，如何多采取双方性、柔性的电子商务监管措施，如何通过“以网治网”科学地设定电子商务监管措施，从而既能有效保障

① 关于私人主体的行政法义务，可参见高秦伟：《私人主体的行政法义务？》，载《中国法学》2011 年第 1 期；高秦伟：《论行政法上的第三人义务》，载《华东政法大学学报》2014 年第 1 期。

网络消费者、经营者的合法权益，又能促进电子商务的良性快速发展，是摆在政府面前的一项重要课题。

论区域府际合作治理与区域行政法*

刘云甫 朱最新**

摘　要：市场化和地方分权改革带来的公共行政区域化拓展、社会治理的转型、民主法治建设的进步促进了区域府际合作治理的产生。而区域府际合作治理的法治化要求则推动着以区域治理关系为调整对象的区域行政法的产生与发展。区域行政法不仅要遵循行政法基本原则，还要遵循区域非主权原则、区域多元平等原则、区域利益均衡原则等区域行政法的特有原则。区域行政法框架体系应当包括三个部分：围绕行政机关地域管辖限制与跨域治理客观需求的有效平衡，社会组织法律授权和共同体成员自治规则授权的有机统一构建的区域行政主体制度；政府负责下多元治理主体之间以信任为基础交织互动，共同承担公共责任的区域行政行为制度；以及以区域行政监督和多元化区域行政救济为核心的区域行政监督救济制度。

关键词：区域府际合作治理；区域行政法；原则；制度

一、区域府际合作治理的兴起与区域行政法的产生

改革开放以来，市场化与地方分权改革使地方间的经济联系日益紧密，先后形成了珠三角、长三角、京津冀、长株潭等重要经济区域，区域经济一体化已成为中国发展的一大趋势。然而，每个行政区域都是一个利益主体，都有着自己特殊的利益诉求。而且每个行政区域对自我特殊利益的追求常常会侵蚀区域共同利益，从而带来产业同构、恶性竞争、环境污染、重复建设、贫富差距、地区稳定等一系列区域公共问题。为了解决区域公共问题，消除不同行政区之间利益的对立与冲突，促进区域协调发展，必须建立区域公共事务治理机制对区域公共事务进行协调与管理。纵观国内外理论与实践，区域公共事务治理机制主要有市场机制（也称利益机制，即通过市场对资源配置基础性作用来实现对区域公共事务的协调与管理）、科层制（也称命令机制，即依托上级机关权威来实现对区域公共事务的协调与管理）、地方政府协作机制（即地方政府间通过协商、对话并缔结行政协议的方式实现对区域公共事务的协调与管理）和公众参与机制（即通过非政府组织的协商、对话来实现对区域公共事务的协调与管理。）。“科层制”、“市场机制”、“地方政府协作机制”与“公众参与机制”对区域公共事务协调与管理有着其积极的一面，同时其不足又常常阻碍了区域的有效合作。寻找一种

* 基金项目：本文系国家社科基金项目“区域府际合作治理的行政法问题研究”（14BFX036）的阶段性成果。
** 刘云甫，女，湖北襄阳人，广东外语外贸大学马克思主义学院副教授，研究方向：宪法与行政法学；朱最新，男，江西安福人，广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心常务副主任，法学院教授，研究方向：行政法学、区域法治与地方立法。

新的区域公共事务治理机制成为推动区域有效合作的客观要求。[①]同时，伴随着改革进程的不断深化、民主法治建设的不断推进、公民权利意识的不断彰显、私人空间的不断拓展，社会组织不断壮大，社会组织参与治理、自我治理的愿望越来越迫切，其功能与作用正变得愈来愈大。在此背景下，一种建立在尊重、协调、合作、共赢基础上，强调问题解决、目标导向与管理创新，政府负责的多元化制度性合作治理的区域公共事务治理机制——区域府际合作治理应运而生。[②]区域府际合作治理，是“政府负责，社会协同，公众参与”社会治理体制在区域公共事务治理中创造性实践的抽象概括。现代社会，政府不是万能的，但离开政府是万万不能的。在中国这样一个长期存在权力崇拜的国家更是如此。区域府际合作治理强调政府负责，意味着政府应当建立健全区域公共事务治理的政策法规和相关保障制度等；同时，政府应当扶持、支持和放手让社会组织参与治理、自我治理。区域府际合作治理也注重区域公共事务社会组织的自我治理，以及政府与社会组织的合作治理。区域府际合作治理的产生与发展，不仅使行政权管辖范畴从行政区域走向了区域行政，而且使行政权主体范畴从国家行政走向了国家行政与社会行政并行不悖，实现了从行政区行政跨越区域行政走向区域治理，从而带来公共行政区域化拓展，并促使区域治理结构、治理关系和治理行为模式的变革。行政法是调控公共行政的法律规范系统。全面推进依法治国则要求所有的公共行政都应该受到法律的约束。区域府际合作治理实践带来的公共行政区域化拓展以及区域治理结构、治理关系和治理行为模式的变革，推动着区域行政法的兴起与发展。

二、区域行政法的内涵及其法律渊源

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”[③]要全面理解和把握区域行政法，首先必须准确界定区域行政法的内涵。而寻求一种科学的定义方法，是准确界定概念的前提。形式逻辑学“种差加属概念”的下定义方法是公认的科学定义方法。依据这一科学方法，所谓区域行政法，是指调整区域治理关系的行政法的一个分支学科。这包括两层含义：（1）区域行政法是行政法的一个分支学科。也就是说，区域行政法的属概念是行政法。区域行政法作为行政法的组成部分，是调整行政权运行而产生的社会关系的法律规范的总和，必须遵循行政法的基本原则和精神。同时，区域行政法框架体系也包括行政组织法、行政行为法、行政监督与救济法为三大部分。（2）区域行政法是调整区域治理关系的行政法。法律规范所调整的社会关系——调整对象是划分法律部门的主要标准。[④] 因此，调整对象的差异性也是区域行政法的根本

① 参见石佑启、朱最新：《论区域府际合作治理与公法变革》，载《江海学刊》2013 年第 01 期。
② 参见朱最新：《区域合作视野下府际合作治理的法理界说》，载《学术研究》2012 年第 08 期。
③ [美]埃德加·博登海默著、邓正来译：《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 486 页。
④ 参见许崇德总主编、杨鹤皋等分卷主编：《中华人民共和国法律大百科全书：综合卷》，河北人民出版社

特征，即“种差”。传统行政法调整的对象是行政区行政，即各地方政府基于行政区划的刚性界限，以行政命令的方式，对本地区社会公共事务进行的垄断管理。[①]而区域行政法的调整对象是区域治理关系。何谓“区域治理”，不同的学科、不同的学者有不同的界定。本文所说的“区域治理”，是指政府、社会组织以及社会公众运用正式制度或非正式制度，处理跨行政区域的社会问题与公共事务的一个多向度互动过程。因此，区域治理关系，既包括各地方政府为了促进区域发展而相互间协调关系，寻求合作，对公共事务进行综合治理，从而逐步形成的区域行政关系[②]，也包括各社会组织之间为促进区域协调发展而进行的自我治理关系，还包括区域府际合作治理中政府与社会组织、私营部门之间建立的合作、协作、网络和伙伴关系。

法律渊源，是指具有不同法律效力或法律地位的法的不同表现形式。区域行政法是行政法的一个分支学科，宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、国际条约与协定、法律解释等行政法渊源理应成为区域行政法的渊源。同时，众所周知，人类因群而生存。而群的存在必然要以公共权力相伴随。法律作为社会控制手段必然是由公共权力制定或认可，并用公共权力来维护的。[③]“法律效力的意思是法律规范是有约束力的，人们应当像法律规范规定的那样行为，应当服从和使用法律规范”[④]。因此，所谓“法”是指体现公共意志的、由国家制定或者认可、依靠公共强制或自律机制保障实施的规范体系，包括硬法和软法。其中，硬法是指由共同体中拥有国家立法权力的主体制定的，并由国家强制力保证实施的行政规范；软法是指由共同体成员协商一致统一制定的，并主要由成员的自我约束来保证实施的行政规范。[⑤]区域府际合作治理的法治化使区域行政法的法律渊源得以扩展，软法在一定范畴内成为了区域行政法的重要法律渊源。在区域府际合作治理实践中，软法主要体现在以下几个方面：一是不同行政区域人大联合制定的有关区域公共事务处理的规范性文件；[⑥]二是不同行政区域的行政机关共同签订的行政协议[⑦]；三是有关区域合作的乡规民约、社团章程[⑧]以及各社会组织之间为促进区域协调发展签订的自治协议等社会自治规则。

1999 年版，第 44 页。
① 参见杨爱平、陈瑞莲：《从“行政区行政”到“区域公共管理”》，载《江西社会科学》2004 年第 11 期。
② 参见陈瑞莲、张紧跟：《试论我国的区域行政》，载《广州大学学报》2002 年第 04 期。
③ 《马克思恩格斯选集(第 2 卷)》，人民出版社 1972 年版，第 539 页。
④ 【英】哈特著、许家馨等译：《法律的概念》，法律出版社 2006 年版，第 98 页。
⑤ 参见罗豪才，宋功德编著：《软法亦法 公共治理呼唤软法之治》，法律出版社 2009 年版，第 134 页；罗豪才主编：《软法的理论与实践》，北京大学出版社 2010 年版，第 18 页。
⑥ 参见石佑启、朱最新：《论区域府际合作治理与公法变革》，载《江海学刊》2013 年第 01 期。
⑦ 参见叶必丰：《我国区域经济一体化背景下的行政协议》，，载《法学研究》2006 年第 02 期；朱最新：《论珠三角经济一体化中的行政协议》，载《战略决策研究》2012 年第 01 期。
⑧ 参见何才林：《乡规民约的软法之维》，载罗豪才主编：《软法的理论与实践》，北京大学出版社 2010 年版，第 181-213 页；兰捷：《作为软法的社团章程》，载罗豪才主编：《软法的理论与实践》，北京大学出版社 2010 年版，第 214-254 页。

三、区域行政法的基本原则

行政法的基本原则，是指其效力贯穿于全部行政法规范之中，能够集中体现行政法的根本价值和行政法的主要矛盾，并反映现代民主法治国家的宪政精神，对行政法规范的制定与实施具有普遍指导意义的基础性或本源性的法律准则。[①]在区域府际合作治理中，区域协调发展、治理体系和治理能力的现代化、法治三者构成了区域府际合作治理的多元化价值体系，增进区域民众的共同福祉是区域府际合作治理的目标。因此，区域行政法基本原则，是指反映当代社会民主宪政精神，以增进区域民众的共同福祉为目标，集中体现区域府际合作治理多元化价值体系，贯穿于区域府际合作治理之中、对区域府际合作治理的活动具有普遍指导作用的，最基本的法律准则和法律精神。区域行政法是行政法的分支学科，区域行政法应该遵循行政法的一般原则。当然，行政法基本原则的具体内容在区域行政法中是有所发展和变化的。如，行政法合法原则，其法的范围就不仅仅限于传统的硬法范畴，还包括行政协议、社会自治规则等软法规范。同时，区域行政法除了遵循行政法的一般原则外，还有其特有的原则。根据法律原则所必须具有的法律性、特殊性和基本性等特征，以及区域府际合作治理的价值体系、目标、具体实践以及行政协议等软法规范的具体内容，我们认为，区域行政法特有原则至少应该包括区域非主权原则、区域多元平等原则、区域利益均衡原则等三大原则。

（一）区域非主权原则

主权是一个国家统一而不可分割的最高权力。区域府际合作治理中各治理主体不享有主权权力，既是维护国家统一的客观需要，也是区域府际合作治理良善运行的基本前提。区域非主权原则，是区域行政法的首要原则。区域非主权原则包括三方面的内容：（1）区域府际合作治理不得涉及国家主权事务。区域府际合作治理各治理主体可以自主处置部分跨域公共事务，但不能涉及国防、外交等法律意义上的国家主权事务；也不能自主处置依法属于中央最终决定的跨域公共事务，如重大工程规划（如南水北调总体规划）、重大区域规划（如长三角地区区域规划）、区域重大基础设施、区域性重大项目等建设项目（如三峡工程），国道发展规划，城乡规划，大中型及限额以上建设项目，行政区划事项，功能区划，特定国土利用，产业政策，特定地名、流域防洪规划等等，但可以在中央政府已有决策框架下因地制宜地予以贯彻实施调[②]。（2）区域府际合作治理必须尊重国家权威。权威是社会发展与社会秩序中的一个基本要素。[③]国家权威是现代中国社会克服市场机制缺陷，保持社会秩序稳定，实现国家治理体系和治理能力现代化，以及强国富民的根本保证。区域府际合作治理尊重国家权威包括两层含义：一是指尊重上级政府和中央的权威。我国是一个单一制国家，宪法并没有具体而明确地划分中央和地方政府权力，也没有任何法律对国家机关的具体职权划分做

① 周佑勇：《行政法基本原则的反思与重构》，载《中国法学》2003 年第 04 期。
② 参见叶必丰等著：《行政协议：区域政府间合作机制研究》，法律出版社 2010 年版，第 152-155 页。
③ 杨建华：《当代中国发展：国家权威与社会权威的融合》，载《中共浙江省委党校学报》2016 年第 01 期。

出详尽的规定。区域公共事务原则上属于上级政府管辖，跨省（自治区、直辖市）的，原则上属于中央事务。在区域公共事务的处理上，地方政府必须尊重上级政府权威，尤其是中央权威，不得越权行使，以维护国家统一。二是指社会组织要尊重政府权威。区域府际合作治理注重社会组织的参与治理和自我治理，但市场会失效，政府会失效，社会组织也会失效。一个有限有效的强政府，是现代社会国家发展的基础，也是区域府际合作治理良善运行的根本保障。这就需要社会组织在区域府际合作治理中尊重政府权威，遵守国家法律，维护社会秩序。（3）区域府际合作治理必须尊重社会权威。区域公共事务社会组织参与治理、自我治理是区域府际合作治理的重要内容。而社会权威是社会组织实现区域公共事务的参与治理、自我治理的重要保障。“社会权威是政府和民众之间巨大的弹性力量，这个力量越强大，社会的抗震荡能力就越强”。[①]只有不断地增强社会权威，实现区域协调发展中社会与国家的良性互动，实现国家权威与社会权威的高度融合，区域府际合作治理才能得以良善运行。而社会权威的树立需要社会各界的尊重，其中国家对社会权威的尊重，以及国家在制度、环境、资金等方面提供的有力支持是树立社会权威的关键。

（二）区域多元平等原则

“众所周知，真正意义的合作关系是独立主体之间的互动关系。这种关系形成的前提是合作主体人格的独立，否则合作关系就难以发生或者难以持续并取得成功，甚至在合作的过程中有可能退化为服从关系”。[②]区域府际合作治理是为了促进区域协调发展、维护区域繁荣稳定、增进区域民众的共同福祉而实施的多元化制度性合作治理。“在合作治理中，政府统揽全局的地位没有改变，但它不再是凌驾于非政府组织以及其他社会组织之上，而是合作体系中的一个构成要素，……政府组织与非政府组织没有主次之分，是平等的合作伙伴。”[③]区域多元平等原则是区域行政法的基本原则，是“法律面前人人平等”的宪法原则在区域府际合作治理中的具体运用。区域多元平等原则包括以下子原则：（1）政府平等对待原则，即中央政府在区域公共事务处理，包括对各级政府的政策与财政支持、调控与监督等过程中，必须给予同样对待，不得朝令夕改，厚此薄彼；各级政府在涉及区域中相关社会组织事务处理，包括对社会组织的政策与财政支持、调控与监督等过程中，必须一视同仁，同等对待。（2）区域政府平等原则，即在区域府际合作治理中不同区域不同层级的政府都具有相对独立人格和相应的行政自主权，其法律地位平等、权利义务对等，不存在一方主体支配和强制另一方服从的意志。（3）区域社会组织平等原则。社会组织是追求社会理性、提供非营利的社会服务或社会支持的、具有独立法人资格的法人团体，具有面向市场和社会的不断增长的自我意识、自我利益维护、自我主张、自主决策与价值倡导的冲动和执念。[④]区域府际合作治理中各个社会组织之间是以信任为基础的平等合作关系。（4）区域合作平等原则，即区域间的地

① 杨建华：《当代中国发展：国家权威与社会权威的融合》，载《中共浙江省委党校学报》2016 年第 01 期。
② 谢新水著：《作为一种行为模式的合作行政》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 154 页。
③ 张康之、李传军：《变革时代中的公共管理》，载《行政论坛》2010 年第 02 期
④ 徐永祥等：《新社会组织：内涵、特征以及发展原则》，载《学习与实践》2015 年第 07 期。

方政府与社会组织进行合作时应该相互尊重、平等协商、互利共赢，是法律地位平等基础上的“伙伴式合作关系”。

（三）区域利益均衡原则

“人们为之奋斗的一切，都同他们的利益有关。”[①]利益是社会联系的纽带，所有矛盾与冲突的根源均存在于人们的利益关系之中，利益关系也就成为了我们分析问题、解决问题的最基本的着眼点。区域府际合作治理是政府负责的多元化制度性合作治理，区域政府、企业、社会组织以及个人既是区域府际合作治理的利益相关者，也是区域府际合作治理的参与者。区域府际合作治理的过程就是这些主体间利益不断冲突、博弈、妥协和协调的过程。因此，区域利益均衡原则成为贯穿于区域行政法体系整体和始终的核心原则。区域利益均衡原则包括以下内容：（1）基础：尊重既有利益。“消除社会混乱是社会生活的必要条件。”[②]而任何社会秩序都是建立在一定既有利益格局之上的。尊重既有利益格局是社会治理良善运行的前提和基础。区域府际合作治理也必须尊重既有利益格局才能有序地进行。（2）目标：实现区域利益均衡。尊重既有利益并不意味着维持既有利益格局。任何一场改革，都面临着突破既有利益格局这个“坎”，区域府际合作治理也不例外。任何区域治理主体在进行协作时都有利己考虑。区域行政法目标是约束和规范区域治理行为，推进区域合作，通过均衡利益实现区域治理主体的共赢与多赢， 从而形成为一种稳定的利益共同体，最终推进区域协调发展。（3）过程：利益动态均衡。区域府际合作治理不可避免地面临着利益结构的调整。实现区域利益均衡永远是区域行政法追求的目标，非均衡则是区域府际合作治理的过程和常态。要在不均衡的区域府际合作治理基础上达到利益均衡，势必需要采取进一步的不均衡对策。正如辛格所说：“当你从不平衡开始时，你为了接近平衡就需要进一步的不平衡”[③]同时，一个国家尚无法实现建立“真实的联合体”的目标之前必须以集体主义为原则。[④]因此，确保区域长远利益、大局利益是区域利益动态均衡的前提。在确保区域长远利益、大局利益这个前提下区域府际合作治理应该通过短期的不均衡战略实现区域利益的动态均衡。（4）方式：利益分享与补偿。区域府际合作治理通过对区域资源重新整合能带来区域整体效益的提高，但是区域府际合作治理中的短期不均衡战略必然导致区域治理主体间利益格局发生相应改变，不同部门、不同地区从中受益程度各不相同。因此，为实现区域利益均衡，建立稳定的利益共同体，应当将利益分享与补偿作为一种利益共享机制贯穿于区域府际合作治理制度安排的始终。

① 《马克思恩格斯全集 （第 1 卷）》，人民出版社 1995 年版，第 187 页。
② 【英】彼德·斯坦等著、王献平译：《西方社会的法律价值》北京：中国公安大学出版社 1990 年版，第 38-39 页。
③ 李普顿：《发展中国家的平衡增长与不平衡增长. 现代国外经济学论文集(第 8 辑)》，商务印书馆 1984 年版，第 36-37 页。
④ 谭培文：《马克思主义利益观研究》，广西师范大学出版社 2000 年版，第 225 页。

四、区域行政法的制度构建

与法的原则、法的目标相适应的。构建区域行政法的制度框架，必须与区域则、政策目标和主要任务相一致。同时，区域行政法是调整区域治理关系的法律规范系统，必须以区域行政法的调整对象为范围，反映区域府际合作治理的特点。行政法体系一般由“行政组织法、行政行为法和行政监督救济法”三部分构成[①]。作为行政法的分支学科，区域行政法制度框架，也应当包括三大组成部分：（1）区域行政法的主体制度。区域府际合作治理意味着国家行政之外，还存在着社会行政或非国家行政。行政主体资格的获得不仅仅局限于传统国家法律的授权。国家法律授权之外，社会组织基于共同体成员一致同意的自治规则以及社会组织基于自治规则授权而相互间签订的自治协议的授权也可以获得行政主体资格。同时，跨域治理客观上需要在一定程度上突破传统行政的地域限制。因此，区域行政法必须在现有行政主体理论基础上围绕行政机关地域管辖限制与跨域治理客观需求的有效平衡，社会组织法律授权和共同体成员自治规则授权的有机统一，来构建区域行政主体理论，完善相关区域行政主体制度。（2）区域行政法的行为制度。在传统法理念中，行政往往被视为政府对行政相对方的约束与管制，强调作为管理者的行政主体与作为被管理方的行政相对人之间的命令与服从关系；区域行政则强调跨行政区划的多个政府主体间的联合协作关系。[②]区域府际合作治理不仅超越了传统行政“行政主体与相对人”、“命令与服从”的主体与行为模式，也超越了区域行政中多个政府主体间联合协作的行政行为模式。在府际合作治理中，“随着社会治理主体的多元化，行政体系的客观结构又会出现新的变化，在政府中会存在着一个完整的行政体系，而在政府之外，即作为‘第三部门’的公共管理组织中，也会出现一个完整的公共行政体系”[③]。同时，在以公正为主导的责任结构和“信任—合作”的行政协调机制共同作用下，逐渐形成了一种行为制度——合作行政行为模式[④]，即政府负责下多元治理主体之间以信任为基础交织互动，共同承担公共责任的区域行政行为制度。作为对区域府际合作治理的理论回应，区域行政法应当根据行政行为模式化理论视具体情境建构包括区域政府行政行为、社会行政行为和合作行政行为在内的区域行政行为谱系。（3）区域行政法的监督与救济制度。完备的区域行政监督机制能够有效确保区域府际合作治理中各治理主体各尽其职；健全的多元化区域行政救济机制能有效、有序预防和化解区域府际合作治理中的各种矛盾和冲突。区域行政法必须建立健全“有权必有责”的区域权责关联机制、“用权受监督”的区域权力监督机制、“违法受追究”的区域责任实现机制和“侵权须赔偿”的区域法律救济机制。[⑤]其中，区域行政救济机制应该是多元的，既有区域合作治理纠纷处

① 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法（第六版）》，北京大学出版社，高等教育出版社 2015 年版。
② 参见李煜兴：《区域行政法初探》，载《行政法学研究》2009 年第 04 期。
③ 张康之：《公共行政中的哲学与伦理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 7-8 页。
④ 参见谢新水著：《作为一种行为模式的合作行政》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 106-107 页。
⑤ 参见姚锐敏：《行政责任机制的价值承载与基本意蕴》，载《行政与法》2011 年第 05 期。

理的协商机制、科层机制和仲裁机制，又有司法的最终解决机制，并赋予司法机关有限的违宪审查权。这种有限违宪司法审查，是司法机关在具体案件审理过程中对法律、行政法规之外的地方性法规、规章、其他规范性文件、地方政府行为，社会组织的自治规则、自治协议和自治行为进行的合宪性审查。

五、结语

当前，伴随着区域府际合作治理的兴起，以一般行政法为基础，以区域治理关系为调整对象，包括区域行政主体制度、区域行政行为制度和区域行政监督救济制度等制度框架的区域行政法已经萌芽。区域府际合作治理的不断推进，必然带来区域行政法规则体系的健全。研究构建区域行政法的框架体系，促进区域协调发展的法制建设是一个综合的复杂的系统工程。目前这种研究刚刚起步。区域行政法作为行政法研究的新领域、新课题，是对全面推进依法治国，实现国家治理体系和国家治理能力的伟大实践的理论回应，是行政法学全新的研究领域，有待学界的共同关注和进一步深入研究。

论区域行政执法合作中的地方自主权*

——以区域合作协议为例

何渊**

摘　要：区域执法合作中的地方自主权涉及中央和地方的事权分工，是我国区域法律治理中不容忽视的重大宪法问题。从区域治理的历史变迁和区域合作协议的文本考察来看，地方政府拥有的自主权呈现出不断扩张的趋势。地方政府自由行使区域合作中的自主权是法律的常态，而中央政府对区域合作行使批准权则是法律的例外。而这种地方自主权主要来自于宪法的规定和中央的授权。基于美国最高法院的经验和我国的具体国情，只有影响中央和地方的政治平衡的区域合作协议才需得到中央的批准，包括可能涉及中央最终决定权的区域合作协议，可能影响中央控制力的区域合作协议，以及可能影响协议非成员方利益的区域合作协议。基于合作单一制理论，中央对区域合作的充分参与是地方自主权的法律支撑。中央的参与形式除了作为缔结主体的参与以及接受批准和备案的参与外，还包括对协议缔结过程和实施过程的参与，对区域协调的政策性的指导性参与，通过制定区域规划的参与以及对区域合作制度平台的建设。

关键词：地方自主权；区域法律治理；区域合作协议；功能性中央权威标准；政治平衡

随着全球化与大数据时代的到来，特别是国际自由贸易的兴盛，使得以领土为界限的中央与地方之间的传统支应关系不复存在，地方政府不可避免地直接面临着全球性竞争，抱团取暖式区域合作和区域经济一体化也成为地方政府必然的选择。而在我国单一制背景下，一个不能回避的问题是区域法律治理中的中央与地方的关系，主要表现为省级政府在区域合作事务中的地方自主权

以三峡电站的税收为例，由于 1994 年以来的分税制改革并没有涉及地方之间横向分配机制，中央政府决定按照《长江三峡工程建设移民条例》确定的三峡淹没土地比例来分配留给地方的税收①，但湖北省认为三峡电站税收与税源严重背离，要求国家调整三峡电站税收分配政策；而重庆市则认为两地应当分享税收收益权，并进行合理的分配②。在三峡电站的水资源费问题上，中央政府决定还是按照三峡淹没土地比例来分配留给湖北和重庆的水资源

* 基金项目：国家社科基金项目“行政协议——中国特色的区域法制的协调机制研究”（08CFX14）；上海浦江人才计划项目“区域法律治理中的地方自主权研究”（15PJC066）。

** 何渊(1979)，男，浙江浦江人，上海交通大学凯原法学院副教授，美国乔治城大学访问学者，法学博士。

① 《长江三峡工程建设移民条例》（2001 年国务院 299 号令）第 31 条规定：“三峡电站投产后缴纳的税款，留给地方的部分，按照淹没土地（含坝区用地）比例分给湖北省和四川省人民政府。”第 46 条规定，“三峡电站投产后缴纳的税收依法留给地方的部分，分配给湖北省和重庆市人民政府，用于支持三峡库区建设和生态环境保护，并规定具体的办法由财政部会同有关部门制定，报国务院批准后实施。”

② 姚海鹰等.鄂渝三峡电站税收分配之辩[N].长江商报,2009-4-14:A03.

费③，但湖北却认为分配比例不能以中央的行政决定为依据，而应当根据《水法》及《取水许可和水资源费征收管理条例》等规定，除中央部分外，全部留在湖北④。不难看出，这种由中央政府单方来决定地方政府间横向利益配置的模式在合法性和合理性方面都遭到了质疑和挑战。那么，湖北省和重庆市这两个省级政府在现行法律框架下是否拥有足够的自主权，能否自行通过缔结区域合作协议的形式来协商分配地方税收和水资源费等横向利益？此类区域合作协议到底是否需要得到中央政府的批准呢？

事实上，我国区域法律治理的实践并不是市场的自发秩序，而是国家通过公权力强力推进的，具体表现为国家与社会的关系以及公权力相互间的关系⑤。因此，我国的公法学有必要关注区域法律治理机制的合宪（法）性，尤其是中央和地方的事权划分⑥，具体表现为地方自主权和中央领导权⑦的法律边界。该问题的解决将有助于界定我国省级政府在区域法律治理中处理跨区域事务的自主权范围，也有助于为国务院在中央和省级政府权限划分中如何保障地方自主权提供理论支撑，从而最终促进我国区域合作的顺利开展以及区域经济一体化的有序实现。

一、中央监管下的地方自主权——基于实践的考察

（一）历史阶段的划分

我国区域法律治理的历史变迁，大致可以分为三个阶段：

第一，中央指令、地方服从阶段（1949-1993 年）。这个阶段大致从建国开始到 1993 年宪法修正案确立市场经济为止，其主要时代特征是弱规范性下的强制性区域政策变迁。这与传统改革主义者的观点是一致的，即中央试图通过合并、兼并及联盟等改变现有行政区划的方式，以单一、全功能、有力的、普及性的整体大政府取代区域内所有或大部分小政府⑧，从而实现向地方强行推销其区域政策的目的。无论是建国初期的大区行政体制改革（1949—1954 年）⑨，还是向西平衡发展阶段（1949-1978 年），抑或是向东倾斜的非均衡发展阶段

③ 按照《关于三峡电站水资源费征收使用管理有关问题的通知》的规定，三峡电站水资源费收入的 10%上缴中央国库，其余 90%按比例(湖北省 16.67%、重庆市 83.33%)在湖北省和重庆市之间进行分配。

④ 张辉等.解决三峡电站水资源费征收分配问题[N].湖北日报,2011-3-11: 3 .

⑤ 叶必丰.区域经济一体化的法律治理[J].中国社会科学,2012(8):107-130.

⑥ 参见《中共中央关于全面推进依法治国重大问题的决定》第 3 条第 1 款规定，“推进各级政府事权规范化、法律化，完善不同层级政府特别是中央和地方政府事权法律制度，强化中央政府宏观管理、制度设定职责和必要的执法权，强化省级政府统筹推进区域内基本公共服务均等化职责，强化市县政府执行职责。”

⑦ 主要依据是宪法第 3 条第 3 款“民主集中条款”规定的“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”及宪法第 89 条第 4 款“国务院领导条款”规定的“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，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”。相关条款还包括宪法第 89 条第 6 款规定的“领导和管理经济工作和城乡建设”，宪法第 89 条第 7 款规定的“领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作”以及宪法第 89 条第 8 款规定的“领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作”。

⑧ 陈立刚,李长晏.全球化治理:台湾都会治理的困境与体制一建构地方政府跨区域合作探究[C].台湾:东海大学两岸地方政府管理比较研究学术研讨会论文,2003(6).

⑨ 高抗等.建国后我国地方行政体制变革及其演变趋势[J].中共浙江省委党校学报.2012(3):88-94.

（1979-1990 年）[①]无不体现了上述特征。这与我国当时实施的计划经济机制是完全契合的，即强调跨区域事务应当由中央政府统一安排，按计划行事，省级政府并没有裁量余地，强调的是中央的领导权，而完全忽视或否认地方的自主权和主观能动力。

但由于辖区本位主义带来的改变行政区划的不易性，法律依据的不足导致的促进机制的缺乏性，再加上政治共识不足引起的地方政府的消极怠工，这一阶段的区域治理总体而言并不成功。上海经济区就是其中的一个缩影，中央试图通过成立国务院上海经济区规划办公室的方式来解决长三角地区条块矛盾，试图创造出一条依靠中心城市发展经济的路子，从而强行推进长三角的区域一体化，结果却以失败而告终[②]。

第二，中央规划、地方执行阶段（1993-2014 年）。这一阶段以 1993 年宪法修正案确定市场经济为开端，以 1994 年开始的分税制改革为标志，以 2003 年《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》的出台为高峰。这一阶段的主要时代特征是弱规范性下的诱致性区域政策变迁，即在强调中央领导权的前提下，中央通过分税制改革赋予地方自主权而产生了自发力量，这种地方主观能动力带来的诱导力实际推动了中央规划的区域政策在地方的执行，最终满足区域内公民的多元与多样化的需求。在这一阶段，区域法律治理主要解决的是由都市化和城镇化带来的区域经济一体化的功能整合问题，即通过分税制授予地方一定的自主权来进一步提升地方政府的行为能力，实现地方政府间的合作共赢。这与公共选择理论主张的最能响应公民需求的多中心或多核心的政治体系是一致的。

在这一阶段，我国的区域法律治理取得长足地进步。初步发展了具有中国特色的区域合作协议、区域性组织、区域协作立法、区域行政规划和区域行政指导等五种区域法律治理机制[③]，形成了南部珠三角，东部长三角，北部东三省，西部新疆乌昌、长株潭城市圈、武汉城市圈、成渝城市圈和河南中原经济区以及长江经济带等诸多经济圈。但由于地方自主权的缺乏带来地方政府能力的有限性，弱规范性导致的区域合作法律依据和合作协议法律效力的缺失性，区域法律治理遭遇了“表面热闹，内在迷失”的窘迫境界。以长三角为例，除了旅游、产权交易等少数领域已取得进展外，绝大多数领域却处于举步维艰的困境[④]。

第三阶段，地方自主、中央监管阶段（2015 年开始）。这一阶段属于未来的理想阶段，以 2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的出台为起点。随着世界银行提出“治理危机”的概念，各国政府开始运用“治理”新理念来推进机构改革，政府职能移转出现三个典型特征：向上移转，出现了国际组织；向下移转，出现了地域、地方与社区；向外移转，则出现了 NGO、公司化与民营化[④]。中国的情况也是如此，这种全球化、

① 陈熙琳.国家战略嬗变记——建国以来国家区域政策变迁历程[J].中国西部.2010(90):80-85.
② 高渊.当经济区理想遭遇行政区利益——上海经济区：未完成的试验（下）[N].人民日报（华东新闻）,2003-6-25:7.
③ 何渊.中国特色的区域法制协调机制研究[M].上海:上海人民出版社，2010:27.
④ 廖俊松,张力亚.区域治理之策略性方案研究：北台湾区域的案例分析[C].澳门：两岸四地庆祝澳门回归十周年学术研讨会论文,2009(3).

区域化和社会化的趋势迫使中央政府不得不赋予地方政府更多的自主权，地方政府将成为区域法律治理的主力军，而中央政府则处于法律监管的地位。这使得地方政府之间有能力按照新区域主义理论的要求“将区域内地方政府、社区组织、企业组织及非营利组织间，建构分工合作关系，形成地方法律治理等策略性的伙伴关系”。

区域法律治理的历史变迁表明，中央政府授予地方政府的区域合作自主权将越来越大。这不仅是全球化和区域一体化的客观要求，而且也是中央政府的重大区域战略之举，与世界各国的地方分权趋势也是完全吻合的。

（二）区域合作协议的文本考察

区域合作协议机制最早起源于行政区域边界纠纷的处理，20世纪90年代开始运用于中央与地方共建高等院校，21世纪初广泛运用于长三角区域经济一体化进程中的政府间合作，后被珠三角、京津冀及东三省等区域纷纷效仿。事实上，区域合作协议机制已成为我国区域合作实践中运用最为广泛的一种区域法律治理机制。通过对现有的125个区域合作协议的文本分析[①]，以中央政府的作用为标准，我们作如下分类：

第一类，经过中央政府或上级政府批准的区域合作协议。这类区域合作协议通常以附款的形式主动寻求中央政府的批准，共有 6 个，占总数的 4.8%。其中包括经过中央政府及其部门批准的区域合作协议，如《泛珠三角区域外经贸合作备忘录》在缔结之前取得了国务院港澳事务办公室的批准[②]；《泛珠三角九省（区）海关积极参与参与和推动区域合作的十项措施》获得了海关总署的批准[③]。还包括经过上级政府批准的区域合作协议《沪苏浙共同推进长三角创新体系建设协议》在缔结之前主动寻求两省一市政府的批准[④]；《粤港科技合作协议》的生效条件则是上级主管部门的批准[⑤]。

第二类，经过中央政府或上级政府备案的区域合作协议。这类区域合作协议在实践中并不多见，只有 1 个，仅占总数的 0.8%。如《泛珠三角经济圈九省区暨重庆市道路运输一体化合作发展 2003 议定书》以附件的形式主动寻求交通部的监督，而监督形式为备案[⑥]。在实践中，区域合作协议的批准和备案的法律界限是模糊不清的，缺乏明确法律标准和适用规则，大都属于地方政府的自主性选择。

第三类，经过中央政府或上级政府参与的区域合作协议。这类区域合作协议在前言、附

① 叶必丰,何渊.区域合作协议汇编[M].北京:法律出版社,2011:目录.
② 参见《泛珠三角区域外经贸合作备忘录》第 4 条第 1 款规定：“本备忘录于二 OO 四年八月十一日经国务院港澳事务办公室同意后签署。”
③ 参见《泛珠三角九省（区）海关积极参与参与和推动区域合作的十项措施》导言，“为使海关更好地参与、支持和推动泛珠三角区域合作，确保货畅其流，守法便利，经泛珠三角九省（区）海关共同研究并报海关总署批准”。
④ 参见《沪苏浙共同推进长三角创新体系建设协议》第 9 条第 2 款规定：“本协议先由两省一市科技行政管理部门草签，报两省一市政府批准后正式签约。”
⑤ 参见《粤港科技合作协议》第 7 条第 2 款规定：“本《科技合作协议》于二 OO 四年五月十二日在澳门特别行政区签署，共两份，分别报上级主管部门审批。批准后即生效。”
⑥ 参见《泛珠三角经济圈九省区暨重庆市道路运输一体化合作发展 2003 议定书》第 8 条规定：“本协定书一式十一份，十方各执一份，报交通部一份，各方签字后生效。”

款或新闻报道中体现中央政府或上级政府参与，共有11个，占总数的 8.8%。参与的形式主要包括：其一，中央政府及其部门作为区域合作协议缔约主体的参与。如中央政府与香港缔结了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》①，教育部与上海市政府缔结了《关于继续重点共建复旦大学、上海交通大学、同济大学的决定》②。其二，中央政府或上级政府对区域合作协议缔结过程的参与。如科技部和八省区主管科技的省领导对《泛珠三角区域科技创新合作框架协议》的指导和支持③，水利部珠江水利委员会牵头组织签订了《泛珠三角区域水利发展协作倡议书》④。其三，中央政策对区域合作协议的指导性参与。如国家工商工商总局的工作部署对《泛珠三角区域工商行政管理机关推进社会主义新农村建设合作协议》的指导⑤。国家领导人的重要指示和理论对《泛珠三角区域合作发展规划纲要（2006-2020年）》的指导⑥。

第四类，完全地方自主的区域合作协议。这类区域合作协议共有107个，占总数的85.6%。它们广泛涉及交通、能源、贸易、农业、投资、旅游、就业服务、科教文化、环境保护、信息合作、水利发展、法律服务、体育交流、行政界线管理、价格协作、食品药品监管、工商质监执法及公共卫生等诸多领域。不难看出，我国实践中的绝大多数区域合作协议系地方政府自主签订，并没有出现中央政府的全程主导、事中参与或事后监督等现象。

由此看来，我国区域合作主要是地方政府的自主权，体现的是地方对中央法律和政策的主动回应和执行。后来才有了特定条件下的中央政府的参与，包括作为缔结主体的参与、接受批准和备案的参与以及观摩式参与。而中央政府在区域合作中的主要作用是法定条件下的事前、事中的程序性参与以及事后的法律监管，体现的是宪法第 3 条规定的民主基础上的中央“集中”和宪法第 89 条规定的中央“领导权”。而目前导致我国区域合作停滞不前的一个重要原因是地方政府不知道是否有权自主进行区域合作，也不知道未经中央批准的区域合作协议是否具有法律效力。这些问题的解决有待于明确界定区域合作中的地方自主权的法律属性以及地方自主权和中央领导权的法律界限。

① 据新华网 2012 年 6 月 25 日报道，中华人民共和国商务部安民副部长代表中央政府，与香港特别行政区财政司梁锦松司长，共同签署了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》文本以及有关磋商纪要。参见 http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2003-06/30/content_944590.htm, 2015-2-12.

② 参见《关于继续重点共建复旦大学、上海交通大学、同济大学的决定》导言部分，“教育部和上海市人民政府（以下简称上海市）经协商，决定在 1999 年双方签订重点共建复旦大学、上海交通大学和 2002 年签订重点共建同济大学的协议基础上，继续重点共建复旦大学、上海交通大学、同济大学。”。

③ 参见《泛珠三角区域科技创新合作框架协议》导言部分，“在科技部的指导和支持下，经过充分讨论，达成如下框架协议”。该协议的附款部分，“各省区科技部门应主动向主管省领导汇报，建议由广东省政府邀请八省区主管科技的省领导，于 11 月底共同签订本协议”。

④ 参见《泛珠三角区域水利发展协作倡议书》导言部分，“由广东省水利厅倡议，水利部珠江水利委员会牵头组织，……得到水利部、广东省委、省政府的高度重视和支持”。

⑤ 参见《泛珠三角区域工商行政管理机关推进社会主义新农村建设合作协议》导言部分，“围绕国家工商总局提出的‘发挥工商行政管理职能，推进社会主义新农村建议’”。

⑥ 参见《泛珠三角区域合作发展规划纲要（2006-2020 年）》导言部分，“有利于落实中央提出的科学发展观，……根据胡锦涛总书记关于做好泛珠三角区域发展战略规划的重要指示精神……特制定泛珠三角区域合作发展规划纲要”。

二、地方自主权的法律属性——基于二分法的中央授权理论

我国宪法没有具体界定区域法律治理中的中央权力和地方权力的法律边界，国务院组织法、地方人大和地方政府组织法并没有涉及具体的中央和地方事权分工，我国也未曾制定过《地方自主法》或《中央与地方关系法》来明确阐述区域法律治理中的中央领导权和地方自主权。但《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》第 38 条规定，“属于全国性和跨省（自治区、直辖市）的事务，由中央管理，……属于面向本行政区域的地方性事务，由地方管理，……属于中央和地方共同管理的事务，要区别不同情况，明确各自的管理范围，分清主次责任。”①而宪法第 107 条规定，地方政府管理的仅仅是“本行政区域内”的事务②。《中共中央关于全面推进依法治国重大问题的决定》第 3 条则规定，强化省级政府统筹推进“区域内”基本公共服务均等化职责。跨省（自治区、直辖市）的区域合作事务似乎仅仅是中央的事权。但已有研究却表明，中央政府对跨省区域合作没有进行领导，而对一个省级行政区之内的区域合作却进行了领导。由此看来，单纯的“跨区域性”因素并不是决定中央和省级政府事权分工的唯一标准，甚至还不是决定中央是否对地方政府实施领导权的唯一标准，需要综合判断。

（一）非“跨区域性”的地方自主权

1. 协议的非自动履行理论

国际法上的“条约必须转化才能履行”原则得到很多国家的支持，理由主要是意大利的国际法和国内法二元理论以及英国的保障国会立法权和人民权力理论③。同样，由于协议条款过于原则和抽象等法律技术困境和协议法律效力相对性原则，我国实践中的绝大多数区域合作协议，在成立和生效后，还需要成员方通过出台相应的以实施细则为形式的规章、行政规范性文件来转化，从而真正实现在各成员“区域内”的履行。这就是所谓的非自动履行理论④。按照协议成员方的意愿程度，非自动履行的区域合作协议可以进一步分为被动和主动两类。被动“非自动履行”的区域合作协议由于客观存在的法律技术困境等理由强制成员方对协议进行转化。如《泛珠三角区域合作框架协议》强制性要求各成员方出台实施性细则来补充和实施该协议⑤。广东省政府出台的《关于推进泛珠三角区域合作与发展有关问题的意

① 中国共产党的决定并不具有直接的法律效力，但我国宪法导言确认了党的领导，不能否认其具有事实上的规范性效力，起到的是解释宪法和法律的事实功能。参见叶必丰、何渊等：《行政协议——区域政府间合作机制研究》，法律出版社 2010 年版，第 145－146 页。

② 宪法第 107 条规定，“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员”。

③ 李浩培.条约法概论[M].北京:法律出版社,2003:314.

④何渊.区域性协议研究[M].北京:法律出版社,2009:124-126.

⑤ 参见《泛珠三角区域合作框架协议》第 5 条第 3 条规定，“各方责成有关主管部门加强相互间的协商与衔接落实，对具体合作项目及相关事宜提出工作措施，制订详细的合作协议、计划，落实本协议提出的合作事项”。

见》（粤府[2004]129号）和广东省出入境检验检疫局出台的《促进泛珠三角区域合作的八项措施》正是为了具体履行该框架协议。主动“非自动履行”的区域合作协议不存在法律技术的困境，只是为了突破协议相对性原则，主动出台实施细则来更好地履行合作协议。如杭州市政府办公厅的《关于印发杭州市2004年接轨上海融入长三角工作要点的通知》（杭政办函［2004］107号）就是为了主动履行《关于进一步推进沪杭经济合作交流的协议》等一系列区域合作协议①。

由此看来，实践中的绝大多数区域合作协议遵循“协议必须转化才能履行”的原则，并不能对协议成员“区域内”的行政相对人产生直接的法律效力，更谈不上协议的“跨区域”效力的问题。即使对于那些可能在成员“区域内”直接产生法律效力的协议，其内容虽然在两个或两个以上的行政区域同时得到实现，但对于具体的单个协议成员而言，作为双边或多边的协议只是在各自的“区域内”实现，并没有出现宪法第107条所反对的单个成员行为的“跨区域性”法律效力问题②。

2.“区域内”的地方自主权

我国宪法涉及地方自主权的条款主要有两类：第一类是一般地方的自主权条款。如第95、96条规定了地方基本问题，第105条明确了地方政府的法律地位，第107条规定了地方政府的权力。第二类是特殊的地方自治权条款。如第4条第3款规定了民族区域自治制度，第112-122条规定了民族自治地方的自治权，第31条规定了特别行政区的自治权③。不难看出，我国现行宪法授予了地方政府一定的自主权、民族自治地方和特别行政区广泛的自治权。从法学理论上看，地方缔结区域合作协议的权力实际上并没有突破现行宪法、法律授予的仅在“区域内”生效的地方权力，而只是地方自主权或地方自治权在“区域内”的自然衍生、重述及应有之义。“我国现行宪法实际上暗示或间接授予了地方缔约权，只要在宪法和法律规定的管理权限内，地方政府之间就有权进行缔结协议”④。“沿着解释的路径，最终找到…区域行政协议和区域协作立法的法律依据即宪法第3条、第15条、第30条、第33条、第89条等以及《立法法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》上的相关规定”。

① 按照《关于印发杭州市2004年接轨上海融入长三角工作要点的通知》第1条的规定，“……按照省委、省政府《关于主动接轨上海积极参与长江三角洲地区合作与交流的若干意见》（浙委[2003]6号）和市委、市政府《关于接轨上海参与长江三角洲合作与交流的若干意见》（市委[2003]11号）的总体要求，围绕沪杭两市政府签署的《关于进一步推进沪杭经济合作交流的协议》确定的目标、任务……”，浙江省政府和杭州市政府及市政府办公厅都在通过出台实施细则的方式来履行沪杭之间的系列协议，具体是指该《通知》第2条第5款提到的长三角15城市间签订的《长江三角洲旅游城市合作（杭州）宣言》和沪杭两市旅委签订的《沪杭旅游合作框架协议》，以及第2条第6款提到的沪杭两市人事局签订的《共同推进人才开发一体化合作协议》、苏浙沪三省市人事部门签订的《长江三角洲人才开发一体化宣言》和沪杭两市教育部门签订的《关于进一步加强教育合作交流的意向书》。

② 宪法第107条厘定了地方政府在地理范围上的管辖权，防止地方政府之间在职权行使上发生冲突，是一种防御性或消极性的法规范，参见徐键.行政协议的法律渊源[J].广东行政学院学报.2009(2).

③ 郑毅.宪法文本中的中央与地方关系[J].东方法学,2011(6):44-49.

④ 何渊.论行政协议[J].行政法学研究,2006(3):43-50.

（二）合法承继的地方自主权

关于地方自治权的来源，西方主要有固有权说、承认说、制度保障说以及人民主权说等学说①。对于区域合作中地方自主权的来源，我们同意制度保障说。即中央通过宪法、宪法性文件、法律及行政法规等形式授予地方广泛的区域合作自主权，这是中央和地方事权重新定位分工的过程。同时，基于法律稳定性和行为行为的确定性理由，中央授权本质上属于一种权力的让渡，授权行为一旦作出，新的中央与地方事权分工得到正式确立，中央便不能随意撤回和改变授权，只能依据其保留的领导权对地方的区域合作行为进行法律监督。

1.中央授权的理由

“环境保护及经济可持续发展等跨域问题，需要得到地方政府间协力处理；区域经济发展失衡，有待于地方政府间合力解决失业和贫穷等社会问题；全球化迫使地方政府间必须通过资源和行动的整合来提升地方竞争力”②，而“相邻的地方政府在处理跨区域地方议题的时候，是最有效率的机制”③，因此，中央政府必须充分发挥地方政府在区域治理中的不可替代的地位。“要有最低限度的集权和最高限度的分权，否则就会趋于瓦解”，“国家的领土越大，以及社会条件越不同，通过领土划分的分权也越有必要。”④中央在区域法律治理中必须充分尊重地方的差异性和地方的特色，授予地方政府广泛的自主权，允许地方政府之间建立伙伴关系，促进地方政府间合作并实现区域经济一体化。在我国的实践中，区域合作中地方自主权的不断扩张也是一个不争的事实和不可避免的发展趋势。

2. 中央授权的形式

“当履行某种职责必须几个地方行政区协作配合时，法律可以允许其中的一个行政区，或者它们中的一个团体，出面组织安排它们的共同行动”⑤。“这种法律的地方化的趋势不仅出现在联邦制国家中，而且也出现在像法国这样的单一制国家中”⑥。这种“法律地方化”现象在中国同样存在，“单一制国家的地方行政区是中央根据管理的需要划分建立的，地方享有的权力，不是本身固有的，是中央授予的。”⑦基于宪法和组织法的相关规定，中央主要以两种方式授予地方广泛的区域合作自主权：其一，通过法律的授权。根据宪法第5条的规定，全国人大及其常委会通过单行法律的方式授予地方政府区域合作自主权。叶必丰教授的最新研究成果表明，“在现行有效的法律中，有关区域合作的至少有15部法律，以“合作”、“协作”或“协商”来表达，它们集中在自然资源和环境保护领域”，如《旅游法》、《突发事件应对法》、《环境保护法》、《水法》、《就业促进法》及《矿产资源法》等⑧。其二，通过

① 许志雄.地方自治权的基本课题[J].台湾月旦法学杂志.1995(1):8-16.

② Local Partnerships for Better Governance.Paris: OECD[J].2001:14-15.

③ Shaun Brisling. Decentralizations, Globalizations and China's partial Re-engagement with the Global Economy[J]. New Political Economy.2000(2):229.

④凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国百科全书出版社,1999:336-338.

⑤让.里韦罗,让．瓦利纳.法国行政法[M].鲁仁,译.北京:商务印书馆馆,2008:129.

⑥狄骥.公法的变迁[M].郑戈,译.北京:商务印书馆馆,2013:91.

⑦乔晓阳.立法法讲话[M].北京:中国民主法制出版社,2000:9.

⑧ 叶必丰.区域合作的法律依据[J].现代法学,2016(1).

行政法规和行政行为的授权。根据宪法第89条的规定，国务院在具体决定中央和地方职权划分时，通过行政法规或行政规范性文件的方式授予地方政府区域合作自主权。与有关区域合作的法律比较，行政法规和国务院的行政规范性文件的数量应当更多和更广，有待于进一步统计分析。通过以上两种授权形式，中央与地方之间事实上就区域法律治理形成了新的事权分工。

3. 中央授权的内容

基于领导权和实施权的二分法，对于涉及区域法律治理的权力大致可以分为[①]：一类是领导性权力，主要包括区域合作法律制度的设定权、宏观区域政策的决策权、区域政策的规划权、区域政策的指导权、事后的法律监督权以及区域法律治理的直接参与权等。另一类是实施性权力，主要包括区域法律及区域政策的落实权和回应权等。

区域法律治理中的所有权力，不管是领导性权力还是实施性权力，原本都归属于中央，不存在中央和地方的分权和剩余权问题[②]。但基于经济全球化和区域一体化的客观要求，中央不得不授予地方广泛的自主权，但这种授权以中央保留领导性权力为前提的。这些权力的保留，除了基于国家统一利益的内在要求和中央控制权的权威性外，也显示了中央政府对区域法律治理所应承担的法律责任[③]。领导性权力的保留既是中央对区域治理直接参与的合法性依据，也是必要情况下对地方自主权进行“法定监督”的理论基础。因此，中央授予地方的只是实施性权力，而不包括领导性权力。显然，地方政府基于中央授予的自主权进行的区域法律治理，并没有否认中央的领导权，而是对中央法律和政策的一种回应或执行。而中央领导权具体表现为中央拥有区域治理中的地方自主权的设定权以及在特定条件下中央对地方区域合作行为进行法律审查的权力。中央授权的结果不会导致中央丧失控制力，更不会使地方获得宪法上的分离权或抵抗权。

借鉴台湾地区地方制度法自治事项与委办事项的区分[④]，我国区域治理中的地方权力可以分为宪法规定的地方自主权和中央授予的地方自主权，对这两种地方自主权适用不同的法律规则。由此，地方政府通过缔结区域合作协议等方式行使地方自主权并处理涉及“区域内”经济社会事务的行为具有了宪法上和法律上的依据。

三、地方自主权的法律边界——双重功能性中央权威标准的建构

为了实现区域经济一体化，我国地方政府间缔结了区域合作协议。有些仅涉及“区域内事务”的合作协议以附款的形式主动寻求中央政府或上级政府的批准，有些涉及中央和地方重大关系的区域合作协议却未经中央政府的批准。对此，我国现行宪法和法律并未作出统一、明确的规定。因此，有必要从法学理论上凝练出中央领导权介入区域治理的实质性标准。

（一）美国的经验

“从参照系功能与所需要解决任务的一致性、参照系环境的相同性和所坚持理念的先进性来说，我们应当选择美国的州际法治协调为参照系，这一参照系以尊重现行宪政框架，通过法解释挖掘法律资源为核心，是我们研究区域经济一体化中法制问题的首选方案”[①]。美国宪法第1条第10款第3项规定，“任何一州，未经国会同意，……，不得与它州或外国缔结协定或联盟。”美国最高法院通过众多判例，阐释了该“协定条款”中的“国会同意”，从而为厘清我国地方自主权和中央领导权的法律边界提供了一个可供借鉴的参照标准。

美国最高法院对宪法“协定条款”的观点最早可以从1893年的弗吉尼亚州诉田纳西州案中找到。菲尔德法官认为，完全禁止缔结协定势必会给各州带来永久性的合作困境，“协定条款”并不能也没有必要适用于所有的州际协定[②]。只有那些“试图通过州际联盟的形式来增加州的政治权力或影响力，并可能侵犯或者干涉美国联邦的最高权力”[③]的州际协定才需要得到国会的批准。该案构建了宪法“协定条款”的适用标准，即著名的功能性“联邦权威”标准。该标准在1976年的新罕布什尔州诉缅因州案重申。美国最高法院认为，只有“侵犯或干预了美国联邦至上权力”的州际协定才需要得到国会的批准[④]。而该标准在1978年的美国钢铁公司诉州际税收委员会案得到细化和补充。美国最高法院认为，当一个州际协定试图“通过增加州的权力而损害甚至取代联邦政府的权力”[⑤]时，它是违宪的。在此基础上，美国最高法院开始注意辨别真假州际协定，并总结了州际协定的四大特征：州际联合组织或实体的建立；一个州与其他成员州的联合行动情形的出现；成员州单方修改或废除自己州法律的权力受到了协定的限制；成员州的规章制度受到其他成员州的制约[⑥]。而假的州际协定自然是不需要得到美国国会的批准。

鉴于美国最高法院从严从紧地解释“实际侵犯联邦至上权力”，在法学理论上，很少有州际协定需要得到国会的同意；在法律实践中，美国的法院未曾认定过任何一个州际协定因侵犯联邦至上权力而需要得到国会的批准，也未曾因此否定过任何一个州际协定的法律效力。相反，一些已经获得国会批准的州际协定，也被法院认定为没有必要的[⑦]。

（二）中国的实践

① 参见《中共中央关于全面推进依法治国重大问题的决定》第3条第1款的规定，“强化中央政府宏观管理、制度设定职责和必要的执法权，强化省级政府统筹推进区域内基本公共服务均等化职责，强化市县政府执行职责。”
② 王叔文.香港特别行政区基本法导论[M].北京:中共中央党校出版社,中国民主法制出版社,2006:40-41.
③ 程洁.中央管治权与特区高度自治——以基本法规定的授权关系为框架[J].法学,2007(8):61-68.
④ 黄锦堂.地方制度法论[M].台湾:元照出版公司,2012:198.

① 叶必丰.区域经济一体化法制研究的参照系[J].法学论坛,2012(4):25-32.
② 148 U.S. 518 (1893).
③ 148 U.S.519(1893).
④ 426 U.S. 369-370 (1976).
⑤ 434 U.S. 473（1978）.
⑥ 472 U.S 159, 175 (1985).
⑦ 434 U.S. 471（1978）.

在我国的实践中，地方主动寻求中央的批准[①]大致基于以下理由：其一，法律和行政法规的强行性规定。其二，试图把地方规划上升到国家战略，从而获得中央的全方位支持和背定。其中后面这种理由占了绝大多数，但主要是政治利益或经济利益的考量，并不涉及实质意义上的法律标准。这反映了我国区域法律治理中地方自主权的法律边界是模糊不清的。

法律和行政法规规定须经中央批准才能产生法律效力的区域合作协议，目前主要是指根据《行政区域边界争议处理条例》第16条的规定而需要上报国务院备案的省、自治区、直辖市之间及自治州、自治县之间的区域边界协议[②]。此类边界协议涉及了宪法第89条第15项规定的国务院行政区域管理权，具体包括省级区域划分批准权和自治州、自治县的建置和区域划分批准权[③]。从立宪背景上看，我国宪法试图找到的一种平衡的法律方案，既能防范地方政治结盟和经济结盟的巨大破坏力，保护单一制国家的完整和国家整体利益，又能实现区域合作的巨大经济利益，并解决日益增多的区际边界争端。美国的情况也大致如此，美国宪法的“协定条款”起源于殖民地时期通过协定解决边界争端的法律传统，美国的国父们在立宪过程中最害怕的也正是由各殖民地演变而来的各州之间通过缔结边界协定或政治盟约而脱离联邦[④]。由此看来，区域边界协议约定的是区域划分的变更，这涉及的是宪法规定的国务院的至上权力，并最终可能会影响中央政府的控制力。这是边界协议需要获得中央批准的法律理由。

区域合作协议有专项性协议和框架性协议的区分。专项性协议只涉及区域合作进程中的某一方面或某个行业[⑤]。这些协议并没有授予地方政府新的权力，协议各成员方只是行使着该协定缔结之前既有的法定权力，同时依然保留着随时退出协议的权利。从这个角度看，对于专项性协议的中央批准不是必须的。而框架性协议则全方位涉及区域内的经济和社会发展等重大事项，在调整对象和具体内容上几乎覆盖了区域合作的方方面面[⑥]。而框架性协议的内容可能会涉及中央政府的最终权力，而中央政府对这些权力完全有能力独立行使；并且地方政府可能试图通过缔结框架性协议的方式增加其法律权力或者免除法律责任，由此看来，这些未经批准的框架性协议可能影响了中央政府的法律权威和实质控制力，其合法性是值得商榷的。

① 这里的批准是广义的概念，包括批准和备案两种情况。
② 如《重庆市、贵州省行政区域界线管理协定》第5条第1款规定，“两省市行政区域界线确需变更的，由两省市人民政府协商一致签订协议书和附图后共同呈报国务院批准”。而主要法律依据则是《行政区域边界争议处理条例》第16条的规定，“地方人民政府处理的边界争议，必须履行备案手续。争议双方人民政府达成的边界协议，由双方人民政府联合上报备案。其中，省、自治区、直辖市之间的边界协议，上报国务院备案；自治州、自治县的边界协议，逐级上报国务院备案……”。
③ 宪法第89条第15项的规定，国务院“批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分”。
④ 汉密尔顿等. 联邦党人文集[M].程逢如等,译.北京:商务印书馆,1980:22-23.
⑤ 如《长江三角洲人才开发一体化共同宣言》涉及的是人才开发，《泛珠三角区域农业合作协议》涉及的是农业合作，《京津科技合作协议》涉及的是科技合作，《武汉城市圈知识产权协作宣言》涉及的是知识产权协作，《国家历史文化名城旅游合作协议》涉及的是旅游合作。
⑥ 如长三角缔结的《长江三角洲城市经济协调会章程》和《长江三角洲地区城市合作协议》，泛珠三角缔结的《泛珠三角区域合作框架协议》以及在环渤海缔结的《环渤海区域合作框架协议》等。

区域合作协议还有非政治性协议和政治性协议的区分。目前我国实践中出现的区域合作协议都是非政治性协议，这些协议大都涉及区域产业规划、区域产业结构升级、区域资源开发利用以及区域公共服务的协作等内容，这些协议只是具体明确了之前已经存在的地方政府权力，既没有增加地方政府的权力，也没有威胁到中央政府的至上权力，更不会影响到单一制体系内的政治平衡。从这个角度看，对于非政治性协议的中央批准不是必须的。但未来的实践中还可能出现政治性协议，如地方政府试图利用区域合作协议来解决中央立法缺位或行政不作为时的“全国性问题”，通过区域合作协议来绕过修宪的高门槛达到事实修宪的目的，抑或直接与外国政府缔结国际贸易协定等。这些行为使区域合作协议从一个实现区域经济一体化的法律手段一跃成了解决全国性重大事项的法律工具，甚至成了宪法、中央立法及中央领导权的替代品。由此看来，这些政治性协议可能改变单一制的国家组织结构，改变上下级的领导结构，改变横向府际关系，从而影响了中央与地方的政治平衡，而解决这一问题的关键在于中央的批准权，即在授权地方政府缔结区域合作协议的同时，规定特定条件下的区域合作协议必须事先得到中央的批准才能产生法律效力。

（三）双重“功能性中央权威”标准的建构

基于美国最高法院200多年的经验和我国的实践，我们并不主张中央政府对所有的区域合作协议进行法律监管。这既有行政成本过高及中央批准权实施难度过大的担忧，更有保障区域合作中地方自主权的考量。基于此，我们试图建构双重“功能性中央权威”法律标准来界定地方自主权和中央批准权的法律界限，具体阐述如下：

第一层次，形式标准。即排除那些明显不需要中央批准的区域合作协议，主要包括以下三类：

第一类，不符合协议本质特征的假区域合作协议。从理论上看，一个真正的区域合作协议应当符合“区域性”、“行政性”以及“契约性”等三个基本特征[①]。“区域性”强调国内对等地方行政机关之间的跨区域行政合作，因而中央政府和地方政府之间的协议属于假区域合作协议，如《内地和香港关于建立更紧密经贸关系的安排》。在这些协议中，中央政府本身就是缔约主体，“中央同意”是应有之意。“行政性”强调的是缔约主体的行政机关属性以及行政权的实际使用。因而，行政机关与行政相对人之间的行政合同、行政机关与非行政机关之间的协议、各级党组织之间的协议都属于假区域合作协议，如《成都市城市管理行政执法局与西南交通大学合作协议》和《四川省人民政府与中国科学院科技合作协议书》。“契约性”强调的是对等缔约主体之间的协商一致。因而，貌似协议但实质是地方政府的单方行为（如政府批文或工作建议、会议报告等），这些行为也属于假区域合作协议，如由广东省政府单方制定的《关于推进泛珠三角区域合作与发展有关问题的意见》。这些假区域合作协议，有着不同于区域合作协议的基本特征，我国宪法与法律应当有着不同的制度安排和设计。

① 叶必丰,何渊等.行政协议——区域政府间合作机制研究[M].北京:法律出版社,2010:28.

第二类，仅涉及地方性事务的区域合作协议。实践中，地方政府之间缔结的绝大多数区域合作协议仅涉及“地方性事务”[①]。“地方性事务是与全国性的事务相对应的，地方性事务是指具有地方特色事务，一般来说，不需要或在可预见的时期内不需要由全国制定法律、行政法规来作出统一规定[②]”。由于“地方性事务”在法律上的边界模糊性，我们应当根据不相抵触原则和法律保留原则来综合判断“地方性事务”[③]。对于宪法和法律赋予的地方自主权权限范围内的事务，都应当认定为“地方性事务”。地方政府在上述范围内缔结的区域合作协议，不需要获得中央政府的批准。

第三类，仅提供区域合作平台或合作机制的区域合作协议。地方政府缔结此类区域合作协议的法律目的仅仅是建构行政首长联席制度及相应的衔接落实制度，涉及的仅仅是跨区域行政合作的工作制度，没有授予协议各成员新的权力或免除成员的已有的法律责任，也没有威胁到中央政府的权威。对于此类区域合作协议，中央的批准并不是必需的。比较典型的有泛珠三角地区的《泛珠三角区与合作行政首长联席制度》、《泛珠三角区域合作行政首长联席会议秘书处工作制度》、《泛珠三角区域合作政府秘书长协调制度》及《泛珠三角区域合作部门衔接落实制度》等。

第二层次，实质标准。即判断区域合作协议是否实际上侵犯了中央政府的至上权力。对此，一方面，该法律标准强调“功能性”。即根据区域合作协议的缔结目的来综合判断中央批准权的必要性，而区域合作协议文本并不是唯一的依据。另一方面，该法律标准强调“中央权威”。即只有试图通过侵犯中央权力的方式来增加地方权力、免除法律责任从而改变中央和地方的政治平衡的区域合作协议，中央的批准才是必需的。基于此，需得到中央批准的区域合作协议仅仅包括三类：

第一类，可能涉及中央最终决定权的区域合作协。根据已有研究，这些协议大都涉及国计民生的“全国性事务”，如“重大工程规划（如南水北调工程总体规划），重大区域规划（如长三角区域规划），区域重大基础设施、区域性重大项目等建设项目（如三峡工程），国道发展规划，城乡规划，大中型及限额以上建设项目，行政区划事项，功能区划，特定国土利用，产业政策，特定产业，特定地名，流域防洪规划等”。上述事项的内容都涉及了中央的最终决定权，所以地方政府没有自主处置的权力。自然地，如果地方政府之间试图就上述事项缔结区域合作协议时，应当事先获得中央政府的批准或决定。

第二类，可能影响中央政府控制力的区域合作协议，主要包括前文谈到的经济盟约式的框架性协议和政治盟约式的政治性协议。这类区域合作协议的缔结目的并不是为了具体明确宪法和法律规定的既有地方自主权，而有可能事实上增加协议成员的权力或免除协议成员的

① 比较典型的有《长江三角洲人才开发一体化共同宣言》、《泛珠三角区域渔业经济合作框架协议》、《环渤海信息产业合作框架协议》、《湖北省旅游局、重庆市旅游局关于加强长江三峡区域旅游合作协议》以及《西-咸价格交流与协作协议》等。

② 张春生.中华人民共和国立法法释义[M].北京:法律出版社，2000:188.

③ 涂艳成.地方创制性立法之“地方性事务”研究[D].上海:上海交通大学,2009:摘要.

法律责任，并事实上威胁中央政府的控制力和国家的整体利益从而影响中央与地方的政治平衡。地方政府缔结此类区域合作协议时，必须事先获得中央的批准，或者在协议条款中明确约定“获得中央政府批准后产生法律效力”。

第三类，可能影响协议非成员方利益的区域合作协议。目前实践中的区域合作协议坚持市场化取向，以章程性为基本特征，强调开放性原则，并不具有经济结盟性质，更不会威胁协议非成员方的利益。但已有研究表明，由于地理位置、经济关系及政治关系上的天然依赖性，区域合作协议可能以设置权利和规定义务的方式，对作为第三方的协议非成员方产生法律效力。即地方政府之间可能通过缔结区域合作协议，在协议区域内达成“超国民待遇”的优惠措施，而对协议非成员方形成了事实上的不利；地方政府之间还可能通过区域合作协议直接突破《行政许可法》第15条第2款的规定，直接限制非成员方地区的个人或者企业到协议区域内从事生产经营或提供服务，或者限制非成员方地区的商品进入协议区域内市场，从而在市场准入和同等待遇等方面形成协议式市场分割和新的区域保护主义。这些经济盟约式区域合作协议必然会威胁协议非成员方利益，引起协议非成员方的地方政府和民众的不安，从而削弱中央对地方区域法律治理的领导权，进而挑战中央政府的控制力，并最终影响中央与地方的政治平衡。因而，可能影响协议非成员方利益的区域合作协议需要事先获得中央政府的批准。

四、地方自主权的法律支撑——中央政府的参与

在解决区际争端和实现区域合作的实践中，基于中央政府在财权和人事权方面的绝对优势地位，地方政府往往主动寻求中央政府的各种形式的参与。这在嘉兴王江泾与吴江盛泽跨界水污染案中表现得很清楚，因盛泽的严重污染致使正常的生产、生活秩序受到严重干扰，并最终引发了嘉兴群众自发筑坝拦污的事件。事发后，江苏省政府、浙江省政府、水利部、国家环保总局共同签订了《关于江苏苏州与浙江嘉兴边界水污染和水事矛盾的协调意见》。最终，嘉兴市政府和苏州市政府在国务院和两省政府的协调下，缔结了《江苏盛泽和浙江王江泾边界水域水污染联合防治方案》，从而实现区域合作并建立了信息互通、环保联合督察、联合办公等三大机制。该水域水污染防治目前已经取得了阶段性成效[①]。不难看出，上述区域合作协议获得成功的重要原因之一是国务院对协议缔结的过程性参与和指导性参与以及国家环保总局、水利部作为协议缔约主体的直接参与。事实上，中央参与不仅有利于区际争端的解决，还有利于地方获得中央财力和精神上的支持，使区域规划上升为国家战略，从而加速区域合作的进程，中央政府的参与是区域合作中的地方自主权的法律支撑。

（一）中央参与原则的确立——基于合作单一制理论

① 参见浙江省环境执法稽查总队、江苏省环境监察局：《信息互通 联合督察 联合办公 苏浙区域联治协调解决积年纠纷》，http://hjj.mep.gov.cn/jlzx/dfjl/201105/t20110526_211195.htm,2014-12-12.

高度集权单一制下的区域治理模式，强调的是中央政府控制区域经济一体化的进程，地方政府的功能仅为听命于中央的执行者角色。其采取的机制大都是拘束性的，主要是直接或变相改变现行行政区划，如建立统一的行政和司法机构[①]或建立跨区域管理机构“长江三角洲经济管理局”[②]。该方案的优势在于维护法律的统一性。但中央不可能面面俱到，因地制宜，忽视地方的作用导致动力不足，创新性缺乏。而高度分权单一制下的区域治理模式，强调的是地方政府的主导性作用，忽视甚至完全排除中央政府的作用。其采取的机制大都是协调性的，如区域合作协议、示范法以及公共诉讼行为等。该方案的优势在于协调性带来的地方政府的创新性和主观能动力，但缺乏中央的支持和参与将面临重重困难，并容易形成区域保护主义。

如果说联邦制下联邦和各州的分权是层层相叠但彼此分开的“千层饼”[③]，那么单一制下中央与地方之间的事权分工就如不能分清彼此的“奶油蛋糕”。这种“互融”状态放大了单一制下的集权与分权的两难困境。这时需要一种能整合集权的“效率性、适应性及灵活性”等优点和分权的“预防独裁专政，减少反复无常的，营造稳定机构”等优点的模式。这就是合作单一制下的区域治理模式，它充分利用了“中央控制性”与“地方自主性”之间的张力。中央控制在于寻求宏观调控措施，以确保全国一致性法律和政策的推行；地方自主则关系到地方政府的主观能动力，保障应对跨域所衍生的公共事务与民众需求之问题[④]。它既要考虑了全国的统一性，也考虑了地方的特殊性；不仅使地方政府以主人翁的精神推进区域协调发展，而且也使得中央政府积极主动地参与其中。

在合作单一制理论指导下，“中央与地方伙伴关系”区域治理模式逐渐形成，该模式首先强调中央享有至上权威，即保留作为前提和基础的区域法律治理“领导权”；同时主张中央和地方共享权力，地方是中央的合作伙伴，即中央把区域法律治理“实施权”全部授予地放。“中央与地方伙伴关系”模式更具灵活性和多元性，中央因此放下沉重的任务包袱，作用主要限于对区域协调发展进程的一种宏观意义上或整体意义上的法律监管，而地方也因与中央的合作事实上获得了更多的权力，事实上成为了区域法律治理的主力军。于是，地方为得到中央支持主动寻求中央对区域法律治理全方位的参与，而中央基于“伙伴关系”也乐于以各种形式参与到区域法律治理过程中，中央参与原则就此确立。

（二）中央参与的形式

中央参与区域法律治理的形式除了前文提到的“作为缔结主体的参与、接受批准和备案的参与以及观摩式参与”以外，还包括对协议缔结过程的参与，对区域协调的政策性或理论

① 中国科学院可持续发展战略研究组.2004 中国可持续发展战略报告[M].北京:科学出版社,2004:63.
②刘志忠.协调长三角，还有四个要素被忽视了[N].人民日报·华东新闻,2003-8-15:7;王洪庆等.长三角经济一体化的实现途径新探[J].经济纵横,2004(7):18-27.
③ Morton Grodzins. Centralization and Decentralization in the American Federal System[J]. in Robert A. Goldwin (ed.) ,A Nation of States,1963(1).转引自张千帆.从二元到合作——联邦分权模式的发展趋势[J].环球法律评论,2010(2).
④ 李柏谕.跨域公共事务的管理逻辑：治理演化的类型分析[J].台湾文官制度季刊,2010(4):1-41.

性的指导性参与，通过制定区域规划的参与以及区域合作制度平台的建设。具体举例如下：

1. 中央的法律监管

在现代社会，随着地方自主权的不断扩张，特别是包括缔约权在内的区域合作权力的膨胀，中央与地方的政治平衡可能被打破。这时中央有必要对地方合作进行法律监管，最主要的是对区域合作协议的批准。其表现形式可以多样化：其一，附条件的中央批准。中央保留的领导权是绝对权力，中央在批准区域合作协议之前附加实质性条件是符合宪法和法律的规定的。这些出现在中央批准文件中的“附加条件”，通常应当包括中央保留改变、修改或者撤销区域合作协议内容等权力。其二，附期限的中央批准。中央还可以实施“附期限批准”，即中央批准区域合作协议的前提条件是该协议在一定时间范围内（比如 5 年）必须具有法律效力。这意味着，未经中央同意，地方政府之间并不能自行提前终止区域合作协议的法律效力。其三，“事先行政立法形式”的中央批准。中央的批准有两种形式，或是中央的专门批准决定书，或是区域合作协议文本中的中央与地方的联合决议。中央还可以通过“事先批准”的行政立法形式，主动促使各地方政府在特定的主题领域缔结区域合作协议。但即使事先的立法形式批准，区域合作协议的最终版本出台后还是需要递交中央，以便获得正式的批准，这是必备的程序条件。

2. 直接参与

中央对区域合作协议缔结过程和实施过程的直接参与在很大程度上可以看作是实现中央领导权的一种新的具体形式。在整个过程中，中央首先要保证国家整体利益和中央权威不受到区域合作协议的冲击和影响。而中央对区域合作协议的直接参与至少可以带来两个好处：其一，中央政府在区域合作协议的缔结阶段就已经积极介入，这必然会大幅提高中央同意的可能性；其二，如果区域合作协议的实施需要得到国家的帮助，那么中央对区域合作协议的直接参与将使其变得轻而易举和理所当然。

中央对区域合作协议的直接参与表现为中央与地方之间的联合机构的创建。主要涉及的是河流的规划、开发和管理、防洪抗灾、分配水源和控制污染，比如可以成立河流域委员会，由包括中央政府在内的上述成员方各派出一名代表组成该委员会。这些“联合机构”，其功能大都只是制定规划，并不具有实际管理的职能，一旦规划制定完毕，剩下的实施工作就由中央和地方分别进行。另外，中央对区域合作的直接参与还表现为中央与地方之间的联合协议的缔结。中央与地方联合协定往往用来解决一些大都市的区域难题，这些联合协定既有区域合作协议的灵活性和自主性，又结合了中央政府的权威性和支持度，事情往往能够迎刃而解它们为解决或缓解大都市法律难题作出了很大的贡献。

3. 制度平台的建设

“区域合作应当是一种制度化合作，那么就必须有一种实现合作的制度化平台，这一制

度平台的构建是地方政府无能为力的，只能由中央政府来构筑和提供”[①]。区域合作中的地方自主权的制度化可供选择的方案大致包括三种：其一，修改宪法方案。直接修改我国现行宪法，出台原则性的“协定条款”，授予地方政府区域合作中的自主权。而具体内容则由其他宪法性文件、法律或行政法规以“实施细则”的形式进一步细化。该方案的优势在于“具有针对性、权威性、直接性，而劣势则在于成本巨大、工作冗繁、耗时较长以及频率过高而对宪法权威的减损”。其二，解释宪法方案。在不改变现行宪法的前提下，通过对我国现行宪法第3条“民主集中制条款”、89条国务院的“领导条款”和其他有关中央和地方事权宪法条款的宪法解释，明确区域合作中地方自主权和中央批准权的法律界限。根据我国宪法第67条的规定：全国人民代表大会常务委员会的首要职权是解释宪法，监督宪法的实施。《中共中央关于全面推进依法治国重大问题的决定》也指出：“健全宪法解释程序机制”。我国宪法解释的基础条件已经具备。该方案的优势在于“以更低廉的成本解决我们所面临的挑战。……有助于使宪法和法律从纸上建筑走向现实状态。……还有助于促进宪法解释学及法解释学在我国的发展”，而劣势在于宪法相关条款过于抽象，“政治宣示性有余而实际操作性不足，难以充分体现实施的价值”。其三，法律完善方案。在不改变现行宪法的前提下，通过制定《区域合作法》等单行法律来丰富我国现行宪法相关条款的内容，确立和完善区域合作协议的中央批准权制度。该方案的优势在于“能够极大缓解宪法文本中央地关系条款质的缺陷”，而劣势在于法律并不能突破宪法已有的规定，局限性明显。“不要再让改革逾越宪法了，这应该成为我们推动改革的底线”[②]。以上三种实现方案都是可供选择的。当然，对上述方案的详细讨论，有待后续的进一步研究。

结语

地方政府自由行使区域合作中的自主权是法律的常态，而中央政府对区域合作行使批准权则是法律的例外。只有当区域合作可能改变中央和地方的政治平衡时，中央的批准才是必需的。从这个角度说，湖北省和重庆市这两个省级政府在现行法律框架下拥有足够的自主权，自行通过缔结区域合作协议的形式来协商分配地方税收和水资源费等横向利益。而在中央已经明确中央和地方的分配比例的前提下，有关地方税收和水资源费的区域合作协议并不会侵犯中央权力而事实增加湖北省和重庆市的地方权力，也不会通过免除湖北省和重庆市的法律责任的方式来影响中央政府的实质控制力。因而，此类区域合作协议不需要得到中央政府的批准，它们是地方政府的完全自主权。

① 叶必丰.我国区域经济一体化背景下的行政协议[J].法学研究,2006(2):57-69.
② 林来梵.改革与宪法[EB/OL].http://linlaifan.fyfz.cn/b/803234,2014-5-19.

随着全球化和信息社会的冲击，国家与区域皆存在于全球竞争的第一线上，国家内部的区域层级成为支撑国家与带动地方竞争力的核心支柱。中央政府只有通过不断授予地方政府新的自主权，才能加速实现区域政府间合作和区域经济一体化，这已经成为不可逆转的大趋势和全球共识。随着跨域合作领域的外溢，多元合作议题的出现，以及多元行为者的参与，我国未来的区域法律治理也应当是多维的和开放的，中央与地方关系、地方政府间关系、政府与公民社会关系以及政府与市场关系等四个维度都是不能忽视的。

论区域府际信息共享的法治化*

谈萧**

摘　要：区域府际信息共享是指在区域合作中，区域内各政府及其部门对该区域内的政府信息予以协作采集、处理和利用的行为。区域府际信息共享的本质是公共资源共享，其目标是满足公众知情权，其理念与现代行政法的“行政一体化”和“服务高效化”原则是相契合的。在我国，宪法从公民监督权和人民主权原则为区域府际信息共享提供了依据，法律、行政法规层面对此已有零星规定，更多规定尚只停留在地方性法规和政府规章层面。为提升区域府际信息共享的质量与效益，有必要从公众知情权的宪法保障上促进区域府际信息共享，通过立法建立区域府际信息共享基本制度：包括建立协调组织、权责体系、负面清单、共享标准、财政补偿等制度和机制。

关键词：区域合作；府际信息共享；法治路径

区域合作中的府际信息共享，属于政府信息共享的范畴。政府信息共享又称政务信息资源共享，或政务数据资源共享，它是指行政机关向政务服务网络平台或数据系统及其他行政机关提供信息资源，以及在一定条件下对信息资源共同采集、处理及利用的行为。区域合作中的府际信息共享，顾名思义，就是指在区域合作过程中，区域内各政府及其部门对该区域内的政府信息予以协作采集、处理和利用的行为。在全面推进依法治国以及坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设的背景下，必须通过区域府际信息共享的法治化，提升府际信息共享的质量与效益，最终推动区域合作的发展。

一、区域府际信息共享的法理阐释

（一）区域府际信息共享的本质是公共资源共享

在人类历史上，信息共享的形成与发展大致经历了三个阶段，即：面向特权阶层的有权共享阶段；基于公共利益的阶段无偿共享与基于私人利益的有偿共享并存阶段；基于网络、知识社会的知识分享。[①]早期的信息共享是特权共享，只有特定的权力阶层才能共享信息，比如国家典藏制度，其特点是保存历史记录，供统治者查阅和借鉴。文艺复兴时期建立的公共图书馆制度，则是面向社会公众提供的无偿信息共享。到了近代，资产阶级从自身利益出发，以产权保护的形式确立了知识产权制度，使得信息共享出现了无偿与有偿并存的局面。一方面，公共信息资源通过信息公开制度无偿向社会公众提供；另一方面，私人信息产品通过市场机制和知识产权制度有偿向社会提供。20 世纪 90 年代以来，随着网络技术的应用和发展，信息资源通过数字技术得以高效处理，信息共享开始呈现出信息资源共建基础上的后资本主义知识共享特征：每个社会成员都拥有一些可以贡献给其他成员的知识，并且每个成员都愿意在其他成员需要时一起分享这些知识。[②]这种信息共享是一种全面的知识资源分享或交换，网络技术大大促进了知识全面分享与交换的可能性。

信息共享的前提是信息被视为一种资源或财产。也就是说，只有当信息能够为利用它的人带来利益时，人们才有共享信息的需求；只有信息具有财富价值，才能被称为信息资源。信息的利益化过程就是信息的资源化过程。从 20 世纪 50 年代到 90 年代，信息不断资源化，这是社会经济发展的大背景以及随之而来的人类认识演变和深化的结果。[③]在信息资源化的进程中，信息、知识成为“权力最高品质之源”，与财富、暴力共同构成了权力框架的三角基石。[④]信息是资源，信息资源是财富，或者进一步说，信息资源意味着一种影响力意义上的权力。尤其是信息资源中具有更高价值的知识资源，在当代社会运行及治理实践中，越来越多地被作为权力争夺、地位角逐对象从而构筑强大影响力的关键资源。

在区域合作中，政府信息共享是一种非常重要的合作方式。因为区域中各地方政府能够最便利、最有效地掌握本地有关治理的信息资源，各地方政府拥有本地信息资源的采集、开发和利用的权力。基于公共权力而收集和开发的信息资源，具有公共产品的属性，我们可将其界定为公共资源。公共资源的利用必须是开放性的，在区域合作中，如果公共资源的利用权是独占的，而不是分享的，区域合作将无从谈起。区域合作的基本宗旨和出发点，是促进区域经济社会的一体化，区域内政府信息资源的既是区域经济社会发展所积累形成的成果性资源，也是区域进一步走向一体化发展所必须依赖的公共性资源。总之，由于政府信息已经成为当代行政管理最为重要且最具影响力的公共资源之一，区域合作中的政府信息共享在本质上是对区域公共资源的分享与利用，它以网络技术作为推进器，鼓励区域治理中的信息交换与分享，避免信息“孤岛”，减少公共资源浪费和重复建设，从而提升区域合作的层次和效率。

（二）区域府际信息共享的目标是满足公众知情权

知情权，又称“知的权利”、“知悉权”或“了解权”，是指社会公众有获知与他有关的资讯信息的权利。知情权一词源于英文的“the right to know”，是美国学者肯特·库伯于 1945 年 1 月首次提出的，其基本含义是公民、法人及其他组织有权知道他应该知道的信息，国家应该最大限度地确认和保障公民知悉、获取信息的权利。[④]知情权可分为公众知情权（对

* 基金项目：教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“区域经济一体化中政府合作的法律问题研究”（11JZD010）；国家社科基金重点项目“区域协调发展中府际合作的软法治理研究”（16AFX007）。
** 谈萧，男，法学博士，广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心研究员、法学院教授。
① 参见成佳：《信息共享的思想与制度探析》，载《山西经济管理干部学院学报》2011 年第 2 期。

① 参见〔美〕彼德·德鲁克：《后资本主义社会》，张星岩译，上海译文出版社 1998 年版，第 21 页。
② 参见崔保国：《信息社会的理论与模式》，高等教育出版社 1999 年版，第 9 页。
③ 参见〔美〕阿尔文·托夫勒：《权力的转移》，吴迎春等译，中信出版社 2006 年版，第 9 页。
④ 参见李国际、夏雨：《知情权的宪法保护》，载《江西社会科学》2007 年第 2 期。

公共信息的知情权，包括行政信息知情权、司法信息知情权）和私人知情权（对个人信息的知情权），本文关注的是公众知情权。公众知情权的观念源于古典自由主义思想。洛克认为，无论国家采取什么形式，统治者应该以正式公布的和被接受的法律，而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治。因为，只有这样才能使人民知道他们的责任并在法律范围内得到安全和保障，并将统治者限制在适当的范围之内。[①]罗伯斯比尔则将公众知情权范围扩展到所有的政府行为，他认为，公民有权了解自己议员的行为，对公众公开是政府的一项责任，政府有义务使公开达到最大的程度。[②]

由于信息资源已成为公共参与政治、经济及社会生活的一个非常重要的资源，因此公众知情权更是在更深和更广的层次上被强调。例如，2002 年联合国欧洲经济委员会成员国在布加勒斯特召开信息社会泛欧大会，发布了《布加勒斯特宣言：迈向信息社会：原则、战略和优先行动》。《宣言》认为："这个信息社会以广泛传播和分享信息、各利益相关方（包括政府、私营部门和民间团体）的真诚参与为基础。在争取让人人都充分享受到信息社会的益处的努力过程中，这些利益相关方的贡献至关重要。"《宣言》将"确保获得信息和知识的权利"作为信息社会建立电子战略的基本原则之一，指出："个人和组织都应该能够得益于对信息、知识、思想的获取。因此，公共领域的信息应该易于获取。信息是畅顺和透明的决策过程的基础条件，也是任何民主制度的先决前题。而知识则是改变我们全球社会和地方社区的关键因素。要为所有人（包括残疾人）提供信息，特别要通过创建有关内容来实现，从而消除各种不平等现象。公共政策应该扩大这方面的机会。信息通信技术不仅有潜力提高公共服务的有效性，而且能够让个人参与政府政策的制定过程。"

在我国传统观念中，公众知情权实现的可能空间较小。"法藏官府"，"刑不可知，则威不可测"，"民可使由之，不可使知之"，等等，这些说法都是我国传统行政极度不透明、公众知情权严重缺乏的经典描述。受传统观念的影响，我国当代政府机关对公众知情权的满足和保障的重视程度依然十分欠缺。尤其是在当前的信息社会，政府对信息资源的垄断，更容易造成政府与公众之间的"信息鸿沟"。在区域经济一体化过程中，也存在一些地方政府垄断更多的信息资源，或者存在各地方政府之间有关区域治理的信息不对称状态。如果不实现区域信息资源在各地方政府之间的充分共享，区域的公众知情权就无从保障。因为连具有信息采集、加工、处理和利用优势的地方政府都难以掌握相关区域信息，普通民众就更难知悉和利用相关信息。可以说，在区域合作中，没有政府间的信息共享，就没有政府与公众的真正沟通，也就没有公众对政府的真正信任。区域合作必须建立在公众知情权得到充分保障的基础之上，知情权如果无法得到满足和实现，公众就无法参与区域合作，这样的区域合作就永远是政府唱的一曲"独角戏"，难以取得实效。

（三）区域府际信息共享契合现代行政法的原则

① 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 85-86 页。
② 参见〔法〕罗伯斯庇尔：《革命法制和审判》，赵涵舆译，商务印书馆 1965 年版，第 139、150 页。

现代行政法的两大重要原则是行政一体化原则和服务高效化原则，政府信息共享与现代行政法治发展而形成的这两大原则均是高度契合的。

行政一体化原则是为解决当代多元化行政的协调、统御问题而产生的一个行政法治原则。就行政组织构造及运作而言，行政在本质上具有整体性，在行政运作过程中，应当重视团队精神。因为行政代表国家追求公共利益，形成社会生活，行政机关各项举措均代表国家行为，因此各行政机关及单位之间应力求相互配合，才能圆满完成行政任务。[①]行政一体化原则强调建立在分权之上的整合，使得公共行政制度内部各个环节和部门之间形成协调的分工协作关系。[②]行政法经历了从警察行政到依法行政、从管理行政到服务行政的发展历程，现代信息技术的发展使公共行政所涉范围和程度空前庞大，行政机关权限交织，信息共享是行政一体化宪政原则下的必然要求。政府信息共享有效弥合行政分权原则造成的职能分立和冲突，促进行政一体化原则的实现。它可以提高政府规制的水平，实现各行政机关之间的业务协同，有效加强行政机关之间的联动监管。[③]区域合作中的政府信息共享，突破了行政区划，在整个区域内实现政府信息资源的共享，因而更能体现行政一体化原则。在当代信息社会的网络环境中，区域合作中的政府信息共享，还体现了"重塑政府"以构建电子政府的理念。[④]而电子政府，正是一种减少中间环节、实行一体化扁平管理的新型公共治理模式。

服务高效化原则，或称高效便民原则，它要求行政机关在行使其职能时，应当遵守法定时限，力争以最快的时间、最少的人力、最低的成本耗费，取得最大的效益，为公民、法人或其他组织提供最好的服务。[⑤]服务高效化是现代行政转向服务行政的一个最基本要求，也是现代行政法尤其是行政组织法的一个重要原则。"正因为国家社会系处于不断变动状态中，而且晚近复因国家财政负荷过重而行政组织之设置意味着财政之负担，从而如何以效率、效能观点不断检讨行政组织之革新，便成为行政学、管理学或其它社会科学之核心议题。"[⑥]服务高效化的获得，主要取决于信息的有效筛选和传输以及在可靠的信息基础上作出决策。政府信息共享促进行政机关间信息数据的整合，防止重复收集、处理和储备信息，减少繁重的文犊工作，降低办公费用，节省公共资源，避免资源浪费和重复建设。[⑦]在区域经济一体化背景下的区域公共服务，单个地方政府或其部门已无法高效提供，其中尤其需要各地方政府之间打通信息资源通道，将区域内的政务信息资源有机地联系在一起，实现信息资源的跨行政区划调取和利用，畅通区域公共服务流程，行政相对人从统一的网络入口可实现跨行政区

① 参见翁岳生：《行政法》，中国法制出版社 2002 年版，第 20 页。
② 参见高家伟、吴小龙：《论公共行政的现代化》，载《行政法学研究》2003 年第 2 期。
③ 参见高知鸣：《政府信息共享的行政法研究》，载《第四届全国公法学博士生论坛论文集》，2009 年 10 月。
④ 参见〔美〕道格拉斯•霍姆斯：《电子政务》，詹俊峰、李怀璋等译，机械工业出版社 2003 年版，引言部分；〔日〕白井均、城野敬子等：《电子政府》，陈云、蒋昌建译，上海人民出版社 2004 年版，第 8-16 页。
⑤ 参见石佑启：《行政法与行政诉讼法》（第二版），中国人民大学出版社 2012 年版，第 23-24 页。
⑥ 参见黄锦堂：《行政组织法之基本问题》，载翁岳生：《行政法》，中国法制出版社 2002 年版，第 337 页。
⑦ 参见高知鸣：《政府信息共享的行政法研究》，载《第四届全国公法学博士生论坛论文集》，2009 年 10 月。

的服务申请和业务办理，从而极大地提高行政效率，达到高效服务之行政目标。

二、区域府际信息共享的法律基础

（一）宪法依据

如前所述，政府信息共享的公民权利理论基础，是对公众知情权的保障。然而，我国《宪法》在公民基本权利条款中，并无公众知情权的明示规定。如果从默示的宪法基本权利上看，与公众知情权相关的基本权利，是宪法规定的表达自由。表达自由有广义和狭义之分：狭义的表达自由是指“以口头、书面、图片、广播或其他方式传播对任何事项的声明和观点”[①]；广义的表达自由除了狭义之外，还包括“寻求、接受以及传达信息和思想的自由”[②]。可见，广义的表达自由涵盖公众知情权，而狭义的则仅仅是言论自由，不包含公众知情权。关于表达自由，我国《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”该条采取了狭义的表达自由概念，以列举方式对表达自由进行规定，且并无“等”字，因而不能通过默示权利条款推定其中包含公众知情权的内容。

政府信息共享的宪法依据，在我国应从公民监督权和人民主权原则上加以确定。关于公民监督权，我国《宪法》有两个条款的规定。一个是《宪法》第27条第2款：“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务。”这是从积极方面规定的公民监督权，即国家有义务保障公民监督权得到落实。政府信息共享就是对这种公民监督权的保障机制之一。另一个条款是《宪法》第41条第1款：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这是从消极方面规定的公民监督权，即公民有权监督国家公权机关的公务行为。政府信息共享是公民履行监督权的一个前提条件，能够便利公民监督权的实施。

人民主权原则是指人民掌握国家权力，主权的合法性由人民授予的宪政原则。近代意义的人民主权观念由让·博丹首创，洛克、卢梭等启蒙思想家基于社会契约论则提出了“人民主权学说”。[③]目前世界各国基本都在宪法中规定了人民主权原则，我国亦不例外。我国《宪法》第2条第1款和第3款分别规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民”；“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”虽然我国宪法中规定人民主权原则的理论基础是马克思主义国家学说，但它同样也很清晰地表明国家权力属于人民，人民有权参与国家管理。这样的人民主权原则作为政府信息共享的宪法依据，在理论上是完全成立的。[①]首先，由于国家权力来源于人民，政府只是受人民的授权进行国家管理，因此，公民获取政府信息可以保障其真正成为国家的主人，有效地维护自己的合法权益。其次，随着社会发展，代议制已无法满足民主的要求，参与式民主的重要性日渐增长，而公民充分地参与政府决策无疑需要充分了解相关信息。最后，从国家财产角度来看，国家财产属于人民，政府信息具有公共财产性质，每个公民都有获得政府信息的平等权利。[②]

（二）法律依据

我国尚没有制定统一的信息自由法或信息公开法，有关信息共享的法律规定散见于各单行法律之中。例如：（1）《保险法》规定：国务院保险监督管理机构应当与中国人民银行、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制（第158条第1款）。（2）《证券法》规定：国务院证券监督管理机构应当与国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制（第185条第1款）。（3）《统计法》规定：县级以上人民政府统计机构和有关部门以及乡、镇人民政府，应当按照国家有关规定建立统计资料的保存、管理制度，建立健全统计信息共享机制（第20条）；（4）《环境保护法》分别从公众环境信息知情权、环境保护监督权、重大环境信息国家统一发布、环境保护监督信息公开、环境违法信息诚信档案、重点排污单位环境信息公开、环境影响评价报告公开征求公众意见等方面规定了环境信息共享制度（第53-57条）。（5）《安全生产法》规定：有关协会承担为生产经营单位提供安全生产信息的职能（第12条）；公众对安全生产事故隐患和违法行为有报告权利（第71条），基层自治组织对所在区域安全生产事故隐患和违法行为有报告义务（第72条）；安全生产监管部门应将严重违法信息向社会公布，并通报有关部门和机构（第75条）；国务院安全生产监管部门建立全国生产安全事故应急救援信息系统，国务院有关部门建立健全生产安全事故应急救援信息系统（第76条第2款）。（6）《食品安全法》规定：各级政府应当建立健全食品安全信息共享机制（第6条第1款）、普及食品安全知识的职责（第10条第1款）；食品行业协会应当依照章程提供食品安全信息、宣传普及食品安全知识（第9条第1款）；新闻媒体应当加强对食品安全知识的公益宣传（第10条第2款）；公众有食品安全信息知情权和对食品安全行政的监督权（第12条），食品安全风险信息（第14条第3款）和食品、食用农产品安全风险监测信息（第20条）应在有关部门间及时通报。《突发事件应对法》规定：建立全国统一的突发事件信息系统（第37条第1款）；地方政府应当建立本地区统一的突发事件信息系统，并与上下级政府及其有关部门、专业机构和监测网点的突发事件信息系统实现互联互通，加强跨部门、跨地区的信息交流与情报合作（第37条第2款）；地方政府应当及时将可能发生重大或者特别重大突发事件的隐患和预警信息，向当地驻军和可能受到危害的毗邻或相关地

① 参见〔英〕戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第455页。
② 参见〔日〕芦部信喜：《宪法》（第三版），林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第153页。
③ 参见杨海坤、上官丕亮、陆永胜：《宪法基本理论》，中国民主法制出版社2007年版，第88-91页。

① 参见徐瑶：《知情权与政府信息公开制度的宪法依据》，载《湖北警官学院学报》2013年第11期。
② 参见〔美〕斯蒂格利茨：《自由、知情权和公共话语——透明化在公共生活中的作用》，宋华琳译，载《环球法律评论》2002年第3期。

区政府通报（第40条）。（7）《传染病防治法》从疫情报告、通报和公布三个方面规定了传染病防治信息共享制度。（第31-38条）《科学技术进步法》规定：利用财政性资金设立的科学技术研究开发机构，应当建立有利于科学技术资源共享的机制（第46条）。以上列举的部分法律，都或直接或间接地涉及政府信息共享的规定，为我国区域合作中政府信息共享提供了法律层面的依据。

（三）行政法规与部门规章依据

在行政法规层面，《政府信息公开条例》关于政府信息公开的进行了较为详细的规定。一定意义上讲，信息公开和信息共享是相互促进且互为前提的，因此《政府信息公开条例》也为政府信息共享奠定了法律基础。《条例》中与信息共享密切相关的制度，是政府信息发布协调机制。《条例》第7条规定："行政机关应当建立健全政府信息发布协调机制。行政机关发布政府信息涉及其他行政机关的，应当与有关行政机关进行沟通、确认，保证行政机关发布的政府信息准确一致。"在区域合作中，政府信息共享对于协调发布尤为重要。没有充分的信息共享，就很容易导致区域内各行政机关针对同一事项所发布的政府信息内容不一致，进而在社会公众中引起信息偏差，对区域合作产生负面影响。明确规定信息共享机制的行政法规有：（1）《期货交易管理条例》第66条规定，国务院期货监督管理机构应当与有关部门建立监督管理的信息共享和协调配合机制；（2）《税收征收管理法实施细则》第4条规定，地方各级人民政府应当积极支持税务系统信息化建设，并组织有关部门实现相关信息的共享；《规划环境影响评价条例》第4条规定，县级以上人民政府及其有关部门应当对规划环境影响评价所需资料实行信息共享；《食品安全法实施条例》第2条规定，县级以上人民政府应当建立健全食品安全监督管理部门的协调配合机制，实现食品安全信息共享和食品检验等技术资源的共享。在国务院部门规章层面，文化部2002年《全国文化信息资源共享工程管理暂行办法》对文化信息共享工程的组织与管理进行了专门规定。

（四）地方性法规与地方政府规章依据

在地方性法规方面，各地方的"信息化促进条例"都将信息资源共享作为信息化促进的一个重要原则。例如2007年《北京市信息化促进条例》第3条规定："信息化发展遵循统筹规划、资源共享、务求实效、保障安全的原则。"此外，一些地方有关公共图书馆的立法或多或少地涉及公共图书资源信息共享的规定，例如1997年《深圳经济特区公共图书馆条例（试行）》、2001年《湖北省公共图书馆条例》、2002年《北京市图书馆条例》、2013《四川省公共图书馆条例》、2015年《广州市公共图书馆条例》等。目前我国为政府信息共享提供最直接也是最详细的法律依据，是地方政府规章。近年来，很多地方政府都制定了规章来规范政府信息共享。例如，2008年《广东省政务信息资源共享管理试行办法》、2008年《北京市政务信息资源共享交换平台管理办法（试行）》、2009年《宁波市政府信息资源共享管理办法》、2010年福建省政务信息共享管理办法》、2011年《南京市政务信息资源共享管理办法（试行）》、2012年《广州市政府信息共享管理规定》、2013年《珠海市政府信息资源共享管理办法》、2014年《浙江政务服务网信息资源共享管理暂行办法》、2014年《绍兴市政务信息资源共享和交换管理办法》、2014年《海南省政务信息资源共享管理办法》、2015年《深圳市政务信息资源共享管理办法》、2015年《厦门市政务信息资源共享管理暂行办法》、2015年《杭州市政务数据资源共享管理暂行办法》、2015年《山东省政务信息资源共享管理办法》、2015年《河北省政务信息资源共享管理规定》、2016年《上海市政务数据资源共享管理办法》，等等。这些地方政府规章在政府信息共享上的规定不仅较为全面，而且有些规定已远远走在国家立法的前面。例如，《深圳市政务信息资源共享管理办法》建立了政务信息共享负面清单制度，规定除列入负面清单的政务信息资源外，各单位应无条件对其他单位提供共享信息（第7条）。一些省级层面的地方政府规章的制定，也为省内跨区域的政府信息共享提供了具体的法律依据。

三、区域府际信息共享的法治路径

（一）通过公众知情权的宪法保障促进政府信息共享

如前所述，区域府际信息共享的重要法理基础之一，是通过满足公众知情权从而促进区域的一体化。然而，我国宪法中并无公众知情权条款，也不能从宪法相关权利条款中推定出默示的公众知情权。那么，是否需要通过修宪来为政府信息共享提供直接的宪法条款依据呢？

美国的信息自由法之所以非常发达，一个重要原因就是美国很早就在宪法上明确了公众知情权。美国1787年制定的宪法第一条第五款规定："参众两院应各自保存本院的会议记录，并经常公布，惟各该院认为应保守秘密之部分除外。"1791年的美国宪法修正案第一条规定："国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由；限制言论自由或出版自由；剥夺公民和平集会和向政府请愿申冤的权利。"这两个条款被视为美国宪法对公众知情权的明确规定。建国之初，美国的"国父"们就已经认识到人民了解政府信息的重要性。《独立宣言》的主要起草人杰斐逊在写给友人的信中强调："政府的基础，源于民意。因此首先应该做的，就是使民意正确。为避免人民失误，有必要通过报纸向人民提供有关政府活动的充分信息。进一步则要研究把信息广泛地传递到全体人民中去。"第一届美国国会参加者之一，后来成为联邦最高法院大法官的詹姆斯·威尔逊也认为："人民有权知道他们的代表正在做什么、已经做了什么。"[①]

在日本，由于宪法没有明确规定公众知情权，为了给政府信息共享提供宪法依据，日本学术界曾通过各种努力试图从宪法相关条款中推演出公众知情权。例如，多数学者认为日本

① See James Madison, Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 reported by James Madison, W. W. Norton & company, 1966, p.434.

《宪法》第21条规定的“表现的自由”可作为公众知情权的宪法依据。[①]“表现的自由”的保障作用，仅理解为使公众的思想、意见等的表现行为从国家的限制下解放出来，有些过窄；如果阻碍了人们获得信息的来源，人们的表现行为则没有意义。仅保障不妨害知悉的消极的“知的自由”是不够的，还必须保障国民要求国家积极地提供必要信息的权利。因此，宪法保障“表现的自由”，包含了保障请求权性质的“知情权”。有些学者认为，日本《宪法》第25条“一切国民都享有维持最低限度的健康的和文化的生活权利”、“国家必须在生活的一切方面努力于提高和增进社会福利、社会保障以及公共卫生事业”，即宪法上关于“生存权”的规定是公众知情权的依据。有些学者认为，日本《宪法》第93条“地方自治的住民政治参加权利”可作为公众知情权的宪法依据。有些学者认为，公众知情权包含在宪法的多处规定中：日本《宪法》第13条规定“一切国民都作为个人受到尊重”，可作为公众知情权的根据，因为政府集中和垄断了信息收集、管理、传递的能力，为确保国民作为个人的尊严，知悉政府掌握的信息是必要的；日本《宪法》第21条关于“表现的自由”的规定，可作为知情权的根据，因为作为信息接受者的读者和听者，承认在一般市民中有充足的判断材料的权利，应具有知情权的位置；日本《宪法》第25条规定的“生存权”，也包含了知情权内容，因为为了维持宪法规定的健康的有文化的最低限度的生活，收集、取得信息和知识的权利是必要的；此外，日本《宪法》第57条“众参两院会议公开”、第79条“最高法院的法官国民审查”、第82条“审判公开”、第95条“特别法的居民投票”、第96条“宪法修改的国民投票”等，都可以作为公众知情权的宪法依据。[②]

公众知情权是一项基本的公民权利，在现代信息社会尤其如此。从美国宪法对公众知情权的明确规定带来信息自由法的发达和日本学术界对宪法包含公众知情权的论证努力来看，我国有必要在宪法中明确规定公众知情权保障条款。实际上，我国已有法律规范性文件使用了公众知情权概念。2002年《广州市政府信息公开规定》第1条规定：“为保障个人和组织的知情权，规范政府信息公开，增加行政活动的透明度，监督政府机关依法行使职权，依据有关法律、法规的规定，结合本市实际，制定本规定。”广州市作为我国改革开放的前沿，历来思想解放、机制灵活，其在政府规章层面首次直接使用了公众知情权概念。2007年国务院《政府信息公开条例》则间接使用了公众知情权概念，该《条例》第1条规定：“为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用，制定本条例。”尽管广州市政府规章对公众知情权概念的开创性使用以及国务院行政法规的间接使用，在理论上是值得肯定的。从实践上看，近年来非典疫情、PX项目、毒奶粉、毒疫苗等区域性或全国性公共事件，最初无一不是因公共信息缺失造成严重后果的，而从法治的角度看，则无一不是公众知情权缺乏保障导致的。公众知情权的基本权利属性，决定了应该在宪法层面对其予以确认。为了使区域府际信息共享实现法治化，我国首先必须在宪法层面明确规定公众知情权，在未来修宪时，引入公众知情权条款。

① 参见日本《宪法》第21条第1款规定：“保障集会、结社、言论、出版及其他一切表现的自由。”
② 参见刘杰：《日本宪法上的知情权与信息公开法》，载《法学家》2007年第3期。

（二）通过立法推进区域府际信息共享

目前我国有关政府信息共享的法律，均是在同一行政区划上下级行政机关之间或同级行政机关不同行政部门之间来规定信息共享。对于不同行政区划的区域内各地方政府之间的信息共享，则没有相应法律规定。在我国区域合作中，只有少数区域在同一行政区划内，可以适用针对同一行政区划的政府信息共享法律规定。大部分区域合作是跨越行政区划的，则某个地方制定的政府信息共享法律规定，是无法针对整个区域内政府信息共享加以适用的。有些地方由于存在迫切的区域府际信息共享需要，会在地方立法中对区域信息共享与合作予以规定。例如，2014年《广东省信息化促进条例》第7条规定：“省人民政府应当统筹整合全省信息化资源，完善经济欠发达地区的信息化基础设施和服务体系，促进信息化均衡发展，推进全省信息网络融合和信息资源共享，促进生产服务、生活服务、公共服务的信息化成果平等共享；”第8条规定：“省人民政府应当加强与其他省、市、自治区的信息化合作。省人民政府应当推进与港、澳地区的信息化基础设施互联互通、信息服务业发展和电子商务应用以及标准化和应急保障的交流与合作。”但是这种地方立法，只是进行立法的地方“一厢情愿”的共享表达，在区域内另一方并无相应立法的情况下，区域府际信息共享在法律上仍会落空。

同一行政区划内，尚且需要通过立法推动政府信息共享，区域合作中的政府信息共享，就更需要立法予以推动。因为，对于政府而言，任何信息共享都是有成本的。这种成本主要包括：（1）开发成本，包括软件开发和应用培训等方面的成本，如果是一个复杂的实时系统，其开发成本是很高的；（2）协调成本，一些共享系统的推行，需要相关的部门改变原有的工作习惯与流程，增加工作量，甚至会牺牲一些部门利益，需要大量的行政协调；（3）维护成本，不仅包括持久的数据维护工作，还包括因功能更新带来的信息共享各环节的调整，以防止信息共享渠道因失修而荒废；（4）安全成本，信息共享渠道增加了独立系统的进入点，不仅会使原系统管理复杂化，还会增加被侵害的机会，这也是很多地方政府不希望深层共享信息系统的原因。[①]同一行政区划内，可以通过自上而下的行政命令或统一的立法，强制要求政府信息予以共享，而不考虑上述成本的存在，或者可以由统一的上级政府来协调这些成本的消解。不同行政区划内，如果没有立法上的强制信息共享，这些成本的存在，会降低区域内各政府信息共享的动力。如前所述，区域政府信息本身具有区域公共产品的属性，在区域治理中，区域政府信息不能专属于某一地方政府。区域政府信息这一公共资源的法律性质，为区域府际信息共享的专门立法推进提供了法理依据。另一方面，从经济上看，区域府际信息共享也是能给相关政府带来收益的。这些收益主要包括：（1）能够降低信息资料收集的成

① 参见关键：《论我国政府信息共享机制的构建》，载《行政论坛》2011年第3期。

本；（2）可以综合不同政府的资料来提高事务处理的质量与效率；（3）能够提升领导决策能力；（4）提高知识的生产、研究、推广、应用的效率，减少重复研究，并有利于知识生产活动中的创新；（5）能有效地改进组织内外的配合与协调；（6）能够更好地实现政府、企业和公众的良性互动，提高政府管理水平和核心竞争力，促进现代政治文明建设。[①]因此，通过专门立法，可以尽可能地降低区域府际信息共享的成本，最大限度地发挥其良好效益。

对区域府际信息共享立法，并不是说要专门制定一部区域府际信息共享法，而是应在相关法律中有关于区域府际信息共享的专门的详细规定。既可以在制定信息公开法或信息自由法时专章规定区域府际信息共享制度，也可以在制定区域合作法时，对区域府际信息共享制度详加规定。结合我国目前区域合作的实际，制定单行法律直接规范区域府际信息共享，条件还不成熟。一来我国目前区域合作实践中的政府信息共享尚处在摸索阶段，尚未形成十分成熟的共享模式，二来我国相关学术研究尚十分薄弱，理论准备严重不足。因此，可以先进行地方联合立法以满足区域合作实践迫切需求，再制定行政法规总结区域实践经验，最后制定相关法律，提升区域府际信息共享法律制度的系统性和效力层次。

（三）建立区域府际信息共享基本制度

1．建立区域府际信息共享的协调组织

传统行政组织法强调不同行政组织之间的垂直性权力划分，这种行政组织法律规则是建立在工业时代分工生产基础上的分权治理机制，因为工业社会本身就是在垂直结构上的分工社会。然而在信息时代，信息的高速流通和传播导致分工边界模糊化，信息社会越来越呈现出扁平化的结构特征，与此相适应，公共治理往往是多中心和多任务的。就行政组织而言，其核心目标是完成行政任务。“政府工作任务中有无数的重复和雷同之处，员工职能相互重叠，如果不能及时通知相关系统中的其他行政部门、委员会和利益集团等，几乎就无法完成任何任务”。[②]传统行政组织的垂直性权力分割，在扁平化、多中心的信息社会条件下，更容易受到部门主义和地方主义的掣肘，难以完成多任务的协同治理。因此，区域府际信息共享制度应当着眼于建立以行政任务为导向的横向协调组织。将原本孤岛般的区域内各政府及其部门“串联”和“并联”起来，使得区域内每个政府及其部门都能直接与其他政府及其部门进行信息交流，而不仅仅限于信息的垂直传输。针对传统行政组织纵向森严的等级结构，区域府际信息共享制度应弱化上下级细节化的命令与指示，减少对只起信息传递作用的中间层级的控制，打破信息传递中层级间的限制，建立起扁平化的信息共享协调组织。[③]

2．建立区域府际信息共享的权责体系

在区域府际信息共享立法上，应当明确区域内各个地方政府及其部门之间有相互提供信

① 参见上注关键文。
② See H. Kaufman, The Administrative Behavior of Federal Chiefs, Washington: Brookings Institution, 1981, p.190.
③ 参见胡建淼、高知鸣：《我国政府信息共享的现状、困境和出路——以行政法学为视角》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2012 年第 2 期。

息的义务和获取信息的权利，尤其要规定不共享信息需要承担的法律责任。对不履行信息共享义务甚至恶意阻挠的行为予以处罚，针对行政机关可使其承担履行职务、撤销违法行政行为、纠正不当行政行为等行政责任，针对行政机关工作人员可要求其承担纪律责任或给予行政处分。[①]根据区域府际信息共享的权责关系，还应建立一套科学、系统、全面的区域府际信息共享综合绩效评估制度，定期对政府信息资源共享情况进行考核，以及时发现共享中存在的问题。可从区域各政府及其部门之间系统平台应用程度、信息资源交互和共享体系完善程度、区域协同工作效率、信息目录体系、安全技术标准、重复建设程度、服务质量系数、社会满意程度等方面衡量，对区域各地方政府及其部门信息资源共享的情况直接或间接进行评估。[②] 并且，这种评估制度应与政府绩效考核和奖惩机制相互衔接。

3．建立区域府际信息共享负面清单制度

目前在我国地方政府信息共享实践中，地方政府往往通过制定信息共享目录的方式，将应予共享的政府信息列入其中。这种做法在法理上值得商榷，因为政府信息作为公共资源，应以共享为常态，不共享为例外。深圳市已采用的政府信息共享负面清单制度，值得推广应用到区域府际信息共享制度构建之中。除了纳入负面清单的区域政府信息，都应该在区域内的各地方政府及其部门之间予以共享。一般而言，列入负面清单的区域政府信息主要包括涉及个人隐私、商业秘密的信息和涉及国家安全、区域公共安全的信息，除了这两类信息，都应该列入区域府际信息共享的范畴。负面清单应该在两个层面建立：一是由区域府际信息共享协调机构依据法律法规列入不予共享的区域政府共享信息；二是由区域内各地方政府提交本地不予共享的政府信息目录并提供法律法规依据，经区域府际信息共享协调机构审查通过后列入负面清单。负面清单还需要进行动态调整，一是在所依据的法律法规修改后，由区域府际信息共享协调机构及时予以调整；二是由区域内地方政府提出对列入负面清单的信息提出异议，由区域府际信息共享协调机构启动审核程序，对于审核确认异议成立的，应将相关信息从负面清单中删除。

4．建立区域府际信息共享统一标准制度

当前我国很多地方政府都建立了本级政府内信息共享的机制，在区域一体化进程中，各个地方政府信息共享标准存在不统一、不协调的问题。为了有效推进区域间政府信息的共享，必须建立区域府际信息共享统一标准制度。统一的区域府际信息共享标准制度建设主要内容包括：强化区域政府信息系统开发标准化、网络与接口标准化、信息流程标准化、软件工程标准化；加强数据交换中数据存储和交换标准的制订，完善区域政府信息统计指标和核算体系；联合开展区域内相关政府信息共享统一标准的调研、立项、制定和共享标准的宣传实施。[③]此外，在推进区域府际信息共享过程中，还必须建立健面向公众的区域府际信息共享的公

① 参见上注胡建淼、高知鸣文。
② 参见陈兰杰、刘彦麟：《京津冀区域政府信息资源共享推进机制研究》，载《情报科学》2015 年第 6 期。
③ 参见董晓华、金毅：《推进长三角区域信息一体化研究》，载《浙江统计》2009 年第 6 期。

共服务统一标准，在有关区域信息提供的公共服务中，严格遵照区域统一标准进行，实现区域内政府信息共享公共服务的公平、公正、公开，确保区域府际信息共享的成果公平地惠及区域内每一个公民、法人和其他组织。

5．建立区域府际信息共享财政补偿机制

由于区域经济社会发展存在不平衡，区域内各地方政府及其部门在收集、处理和提供信息时所耗费的成本和取得的收益在也不一定是平衡分布的。这就需要通过财政转移支付的方式，为提供政府信息而又无法平衡其成本收益的一方适当予以补偿，或者按照区域内各地方政府的分工，共同分担信息共建共享中的人力、财力等耗费。财政补偿机制的基本功能是根据成本收益核算原则，让从区域府际信息共享中取得更大收益的地方，补偿耗费更大成本的地方，从而达到区域内各地方政府在信息共享上的成本收益平衡。对于某些无法根据成本收益核算的政府信息共享，则应该通过区域内各地方政府按照平等原则予以财政分担，共同投入资金实现区域政府信息的充分共享，以保障区域公众的知情权，促进区域合作。

论区域经济一体化中政府合作的执法协调*

石佑启　潘高峰**

摘　要：政府合作是回应区域经济一体化发展需要的明智选择。执法协调是政府合作的重要内容，具有存在的客观必要性。它在协调各方利益、明确执法主体权责、减少执法冲突、提高执法效能、促进执法标准统一等方面发挥着巨大作用，它主要以联合执法、行政协助、跨地区案件移送、执法信息通报、执法争议协调、区域执法联合评议等方式发挥效用，实现协调的目的。

关键词：区域经济一体化；　政府合作；　执法协调；　区域法治

经济全球化和区域经济一体化加剧了各国和地区间经济的进一步联系，同时又给各国和地区的发展带来新的挑战。应对这一挑战，需要加强区域内政府间的合作，发挥政府在区域经济一体化中的引导和保障作用。执法协调是政府合作的重要内容。政府合作中的执法协调问题是区域经济社会发展中必须高度关注和认真研究的问题。重视和发挥政府合作中执法协调的功用对促进区域经济发展、推动社会进步具有重要意义。

一、区域经济一体化中政府合作的执法协调存在的基础

行政执法是行政主体依照法定的权限和程序行使行政权、执行和适用法律的活动。在经济大发展、人际交往越来越频繁的区域经济一体化的背景下，区域性环境污染事件、食品安全事件、社会治安案件、自然灾害事件等时有发生，并呈现出多发、易发、涉及面广、影响面大、辐射区域远等特点。这需要各地、各部门联动协调处理，于是，加强区域执法协调与合作就显得尤为必要和迫切。

（一）法治行政与区域协调发展需要执法协调

建设法治政府，实现法治行政，是我国经济社会发展的必然要求。“依法治国就是要依法治权，把权力纳入法治的轨道”。[①]对政府权力进行约束和监督，促使政府依法履行职责，严格依法办事，是建设法治国家和法治社会对政府的基本要求。“依法行政是政府公信力的生命线”。[②] “政府能不能自觉地依法行政、严格依法办事，直接关系到法律、法规的实施

*基金项目：教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“区域经济一体化中政府合作的法律问题研究”(11JZD010)。本文发表在《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 1 期

**石佑启：法学博士，广东外语外贸大学教授、博士生导师。潘高峰：法学博士，广东外语外贸大学副教授，区域一体化法治研究中心研究员。

① 张文显：《论中国特色社会主义法治道路》，载《中国法学》2009 年第 6 期，第 12 页。

② 范正伟：《依法行政是政府公信力的生命线》，载《人民日报》2011-11-10，第 09 版。

效果，直接影响着法律、法规的尊严和权威”。[①]而在建设法治政府、推进法治行政的过程中需要加强执法协调，以保证法律、法规正确有效地实施。

在区域经济一体化背景下，强调统一的执法环境和执法标准，强调跨区域执法的协调一致，强调本地人口与外来人口的公平对待是区域经济一体化下对执法的客观要求。如果说一个区域内的执法是否公平不易被感知的话，那么在不同区域间由于执法标准的不一、执法环境的对比、执法观念的差异等因素都会使执法的公平公正问题显得更加突出。促进区域协调发展要求各行政区执法标准统一、执法人员素质和执法水平均衡、执法环境清正廉明，区域内本地人口和外来人口平等对待，充分体现执法的公平、公正和公信。同时，也要看到，由于经济发展程度、民众权利意识、社会文化氛围、历史传统的差异，各地执法观念、执法人员结构与素质、执法标准和环境都会存在着不同程度的差异，这对区域经济一体化背景下开展同质同类执法活动产生很大的影响。因此，加强区域执法协调就显得尤为必要，这是为确保区域协调发展营造良好法治环境的重要环节和主要内容。

（二）执法冲突的客观存在与公共事务的有效治理需要执法协调

在区域执法中，由于牵涉到执法利益或执法责任等问题，执法主体在执法业务交叉领域、执法管辖边缘领域、执法对象多头监管领域等往往会出现有利争着管、无利都不管的现象。有些执法主体为了追逐利益而不惜违法行使执法权，而在无利可图的执法领域，一些执法主体和执法人员则相互推诿、扯皮。同时，由于执法依据、执法标准、执法人员素质和地域文化等差异，也会导致不同区域执法在方式、结果上的不同，产生不同程度的执法冲突。执法冲突的存在一方面会破坏法律权威、损害政府形象，另一方面也对社会秩序的维护和当事人的权益保障带来较大的阻碍和困扰。这种执法冲突如果不能有效的防范和化解，不仅不利于法治政府建设，也不利于社会的和谐稳定及区域协调发展。

随着区域经济一体化的发展，区域性公共事务的治理显得日益重要。流域内的污染防治、治安管理、交通安全执法、食品安全执法、卫生防疫、电信诈骗、非法广告、流动摊贩管理等问题日益呈现出区域化、互联化、整体化的特点，一个地区出现问题，其他地区也可能会相继出现。只靠一个地区的严格执法不能从根本上减少或消除违法行为的发生，当行为人在某地区从事违法活动时，随着该地区执法行为的实施，他可能会跑到另一个地区继续实施违法活动，当另一个地区也开展相同的执法监督检查时，他可能又跑回到原来的地方继续实施违法犯罪。因此，不开展区域内统一的执法监督检查，则很难从根本上消除违法犯罪现象的发生。

强调区域执法协调，预防和避免执法冲突，实现对公共事务有效治理，是政府合作中必须直面的问题。积极有效地开展区域执法协调，执法主体可以就执法领域、执法内容、执法经验与技巧、执法理念等方面开展全方位交流，形成执法认识上的协调一致、执法水平和执法能力上的相互均衡，避免出现执法利益纷争和执法上的相互扯皮。同时，通过区域执法协调，还有助于提高区域内公共事务的治理水平，强化政府部门对公共事务的协调与管理，形成区域公共事务治理联动效应，预防和降低区域性公共事件生成风险和几率。

（三）区域社会矛盾的及时防范与化解需要执法协调

在社会关系复杂多变的现实情况下，各种利益纠纷和社会矛盾频繁出现。个人之间、群体之间、区域之间的利益纷争变得越来越普遍。如2011年6月广州发生的增城事件、2012年6月中山发生的沙溪事件，都是因为外来人口与本地人口的矛盾发生的群体性事件。还有，外来民工因欠薪而与工厂管理方对峙，工厂群体性罢工，河流上下游水资源争夺，山林、草场、矿山不明权属争夺等事件，都可能涉及到不同区域个人间、群体间、区域间以及个人与群体间的利益关系。这些关系如果处理不好，轻则会发生小范围的纠纷与争斗，重则会发生大规模的群体性公共事件甚至流血冲突。

“化解社会矛盾需要强化源头治理。”[①]在政府合作中对区域性社会矛盾的防范与化解积极开展法制协调，能够及时地预防和消除社会矛盾产生的不利影响，降低社会矛盾进一步爆发的可能性，把群体性冲突和社会公共事件消灭在萌芽状态。同时，通过执法协调，有助于研判社会矛盾发生的成因与趋势，确定应对思路和要采取的措施，在更大区域范围内清除社会矛盾激化的土壤，建立健全各类纠纷化解机制，完善矛盾风险防范与应对体系，促进社会矛盾妥善解决。

（四）突发公共事件的及时应对与处理需要执法协调

突发公共事件一般具有自然灾害无国界、人员流动难控制、危害结果难预见、处置过程较复杂等特点。区域性的突发公共事件除具有一般突发性事件的特点外，还具有影响范围分布广、管辖权难确定的特点。区域性的公共安全事件如水源地污染、大气污染、突发传染病、流窜作案违法犯罪案件等，由于具有涉及人员多、辐射范围广、社会影响大等特点，“一旦公共安全事件爆发，社会公众就会立即陷入到无所依靠的恐惧之中”[②]，处理不好往往会引起一定的社会混乱，甚至会产生极为不利的政治影响和社会问题。加强对相关问题的先期防控和监督检查，是避免公共安全事件发生、防止不良状况滋生蔓延的必要手段和基本方式。降低公共安全事件的发生几率，减少因管理体制与制度滞后带来的不利影响，需要大流域、大经济区域内各级政府开展执法协调与合作活动，加大区域执法的监督检查力度，消除安全隐患，力争把不安全、不稳定因素消灭在萌芽状态。

进行区域执法协调，能够强化各级政府对突发性事件的认识和重视程度，全面提高对区域性突发性事件的管理和应对水平。通过建立执法信息共享平台、群体性事件处置联动机制、灾难救助与援助机制、突发性事件预防化解机制等，形成区域间细密的突发性事件防控体系，

① 张穹：《建设法治政府是我国政府建设的必然选择》，载《行政管理改革》2009年第2期，第37页。

① 马怀德：《预防化解社会矛盾的治本之策：规范公权力》，载《中国法学》2012年第2期，第50页。
② 唐斌：《流失与重构：政府对公共心理安全感的满足——基于公共安全事件的思考》，载《江淮论坛》2010年第3期，第154页。

把突发性事件的发生概率降到最低限度。

二、区域经济一体化中政府合作的执法协调的功用

（一）协调各方利益

“所有社会矛盾和社会冲突的根源均存在于人们的利益关系之中。”[①]行政执法涉及执法各方的利益关系，执法协调主要表现为协调执法主体的利益和协调行政相对人的利益。

1. 协调执法主体的利益

在立法不健全、执法程序不到位、执法监督乏力的状况下，执法主体间的利益冲突客观存在。特别是在区域执法的分界地带，有利争着管、无利都不管的现象更为常见。如果没有良好的体制机制对各主体利益进行协调的话，执法者可能会片面地追求部门利益和地方利益的最大化，执法的最终结果会导致区域的整体利益受损，也会损害法律的权威和尊严。而在政府合作中开展执法协调，首先，可以为各地执法机关开展执法活动划清界限，把执法权的行使限定在一定范围内，把一些管辖的空白地带通过协调管起来；其次，能够理清执法障碍，减少执法利益冲突，明确各方权责，避免执法扯皮推诿；再次，可以推进各地执法合作，形成执法工作的联动效应，实现一地执法中遇到重大突发性事件，其他地方执法随时联动起来；最后，有助于创建文明和谐、公正严明的执法环境，实现区域执法工作的统一性、协调性和有序性。

2. 协调行政相对人的利益

在行政执法中，行政主体所作出的具体行政行为会直接或间接影响到行政相对人的利益。通过执法协调，可以在各行政区域执法机关的共同努力下，依法对处于不同区域的行政相对人进行相应的利益协调和疏导，让行政相对人知悉相关的信息，参与到执法活动中去，充分表达其意见和建议，行政主体引导行政相对人在合法的范围内做出合理的利益安排，避免因执法而产生新的矛盾和问题。

（二）明确执法主体权责

我国目前执法体制还不健全，存在多头监管、分散监管的现象，通过加强区域执法协调，一是有利于帮助执法主体划清执法界域、明确职权范围，厘清权责关系，尽可能地消除执法盲点、减少执法盲区，避免执法扯皮。特别是当违法行为实施地、危害结果发生地不在同一区域时，通过执法协调能够确定哪个主体对违法行为具有优先管辖权，哪个主体负有配合的职责和义务。必要时可以开展跨区域、跨部门的联合执法行动，对违法违规行为进行制裁和纠正；二是可以明确执法责任。目前执法工作面临的困境多与执法责任不清有关。出了差错，上级把责任推下级，下级又推下级，最后承担责任的多是无职无权的一般人员，甚至是临时

① 张穹：《法治政府建设是政府自身建设的根本》，载《国家行政学院学报》2009 年第 4 期，第 20 页。

工。这容易使执法人员养成权力行使的随意性，无利可图时，可为可不作为的，不作为；有利可图时，可为可不作为的，则一定要作为，甚至乱作为。通过执法协调，明确执法主体和执法人员所应承担的责任，特别是有关人员的领导责任和直接责任，为执法主体和执法人员严格执法带上紧箍咒，督促他们谨慎用权、依法行事，减少或避免失职渎职行为的发生。

（三）减少执法冲突

区域执法冲突是区域内行政主体依据不同的行政法律规范对相同的事项或相同的行为所做出的不同处理决定，这些决定往往存在较大的差异，甚至是大相迳庭。造成区域执法冲突的原因主要有：（1）执法价值理念不同导致执法冲突；（2）地方保护主义导致执法冲突；（3）执法者执法认识不同导致执法冲突；（4）执法依据不同导致执法冲突；（5）执法时段不同导致执法冲突。

区域执法协调可在一定程度上减少执法冲突，避免执法过程和结果产生较大差异。因执法价值理念不同、地方保护主义及执法人员认识上的不同而导致的执法冲突，其最根本、最直接的原因还是执法主体及执法人员执法价值观和队伍素质的问题。这些问题与执法者的主观认识有着密切的联系。而因执法依据和执法时段不同产生的冲突则更多是与执法者以外的因素有关。

对因执法者主观认识而产生的执法冲突问题，可以通过区域执法协调，开展区域内统一的法治理念教育和执法者职业道德教育，提高执法者的业务素养和执法认识水平，“在执法队伍中树立执法为民、文明执法的信念”，[①]纠正执法地方保护主义思想和错误观念，使执法活动的开展回归到维护法律威严、建设法治社会的轨道上来；通过开展区域内执法业务培训、工作交流、人员交流、轮岗等活动，加强执法人员执法能力建设；协调各级政府部门间的关系，改变执法为财政创收的不恰当做法，使执法工作规范有效地开展，产生良好的社会效果。

对因执法依据不同而产生执法冲突的问题，通常冲突不是依据的宪法、法律、行政法规而造成的，而多是依据地方性法规、规章或相关红头文件产生的。“红头文件也是行政执法的重要依据，通过发布大量红头文件维护地方利益，是各地普遍存在的现象”。[②]各地通过地方性法规、规章或红头文件对同一事项或同一行为作了不同规定，依此而作出的相关执法行为结果也会迥然不同。特别是红头文件，是地方政府为了某项事业的一时发展而发布的，往往随意性、针对性、时效性比较强，地方保护主义色彩也比较浓厚，由此而作出的执法行为其结果会产生较大的差异，甚至表现为明显的执法冲突。通过执法协调，可以及时地发现各地在执法依据上存在的差异和问题，并可以建议或协商的方式督促文件制定主体对相关文件进行调整和修改。

对因执法时段不同产生的执法冲突，通过执法协调，可以加强各地执法活动联动与合作，

① 姚来燕：《从行政执法的视角透视群体性事件》，载《云南行政学院学报》2011 年第 2 期，第 63 页。
② 韦军、何峥嵘：《泛珠三角区域内地法律冲突及其解决机制》，载《广西民族大学学报》2010 年第 5 期，第 144 页。

形成稳固的执法工作常态机制，推动执法工作向经常化、规范化、科学化、法治化方向发展。减少执法工作的运动战、声势战、政治战状态，推进区域执法工作协调一致。

（四）提高执法效能

区域经济的健康发展取决于区域内良好的法治环境和氛围。而执法效能的高低直接影响着执法活动的成效，进而影响着法治环境和氛围的创建。在区域经济一体化背景下，加强区域执法协调，提高执法效能，是营造良好法治环境和氛围的需要，也是执法为民、服务社会的本质要求。执法协调在促进行政效能提高上主要表现在下列方面：（1）促进区域执法合作，提高区域性事件的综合应对与快速反应能力；（2）加强执法人员业务素质和执法能力建设，形成区域统一的执法队伍建设培训机制；（3）根据执法现状，在条件允许的情况下实行区域内执法人员交叉执法、异地执法，摆脱熟人社会里执法人员不敢执法、不愿执法的状况，提高行政决定的执行率、完结率；（4）规范执法行为，在执法关键环节和重点领域建立区域内统一的执法模式，对执法行为进行定性、定量管理，形成区域内科学、规范、高效的执法体系；（5）建立有关区域执法的研究和协调机构，对执法中遇到的难点、热点问题进行统一的研究和处理，形成疑难案件处理的组织领导体系，推动区域内执法难度大、社会影响大的案件及时解决。

（五）促进执法标准统一

“为了推进区域经济一体化向纵深方向发展，使合作各方的执法标准相一致是必要的。”[①]因执法标准的不一致，必然导致人们在不同区域内同等情况受到不同对待，进而影响到执法的公信力。执法标准统一是区域经济发展、社会进步的内在要求，也是维护我国法治统一的根本要求。区域执法协调有利于促进执法标准的统一。通过区域执法协调，对区域内的相关执法标准进行梳理，找出影响执法标准不一致的相关因素，并根据相关因素分别情况作出相应的处理，如对因地方立法而造成执法标准不一致的，可以建议相关立法机关进行立法调整；对因政府颁布的决定、命令等规范性文件而造成执法标准不一致的，可以商讨以什么样的标准作为统一的执法标准。

三、区域经济一体化中政府合作的执法协调的方式

执法协调的方式是执法协调所采用的方法和形式。执法协调的方式是否适当直接影响着执法协调的成效。在我国，执法协调的方式主要有以下几种：

（一）联合执法

联合执法“是指多个执法部门联合组成执法机构对相对人进行监督检查，但分别以各自

①杨桦：《论区域行政执法合作——以珠三角地区执法合作为例》，载《暨南学报》2012年第4期，第28页。

的名义对相对人实施处理或处罚的活动”。[①]区域性的联合执法是区域内多个执法主体联合组成执法机构对区域内各行政区的相对人进行的执法活动，它是加强区域执法合作、攻克执法难关、整合执法资源，共同处理区域内带有共同性、互连性、全局性执法问题而开展的执法活动。联合执法比单一执法在执法主体、执法力度、执法效果、执法影响上都有较大的突破。联合执法是解决区域内或区域间久拖不决的执法难题、敏感性、复杂性问题而采取的措施。在政府合作中，联合执法也是一种重要的区域执法协调方式。其作用主要体现在：（1）整合执法力量，增强执法效果。它有利于执法部门把各地区的执法力量整合起来，形成执法合力，迅速及时地开展执法活动，克服单个执法部门执法力量薄弱、执法装备不足的弱点；（2）避免执法冲突，克服执法盲点。通过联合执法，执法主体可以就执法中的执法标准、执法手段、执法人员配备等统一进行协调，尽可能减少和避免执法冲突。对单一执法主体无暇顾及的执法薄弱区域，执法盲点区域，通过联合执法，可以加大这些地区的执法检查监督力度，避免个别区域存在执法的真空地带；（3）促进执法合作，提高执法水平。联合执法是执法力量的集中、执法智慧的凝结、执法资源的汇集、执法手段的创新。通过联合执法，能够增强执法主体间全方位、多层次的合作，增进执法互信，提高执法效率，解决执法难题，提升执法水平。

（二）行政协助

在区域行政执法中，由于行政相对人的行为可能出现在不同的行政区，行为涉及的当事人和利益关系也可能处于不同的地区，对相关行为的查处通常会超越行政执法主体自身的辖区范围，一些取证、处理、执行等工作往往需要其他区域的行政主体给予协助配合。同时，与人们经济活动的区域逐步扩大相适应，行为人的行为实施区域和影响区域也在进一步的扩大，过去以属地管理或属人管理的行政执法方式已无法满足执法形势的需要。执法难度的不断加大，使执法活动很难单靠某一执法力量来完成，它必须依靠其他主体的支持和配合。区域行政执法协助在区域行政中具有要意义，主要体现在：（1）通过行政协助，有利于加强执法合作，减少执法障碍，提高执法效率；（2）通过行政协助，有利于增强执法效果，提高执法协作水平，营造公正严明的执法环境；（3）通过行政协助，有利于克服执法主体自身能力的不足，及时防范和化解社会矛盾与风险，提高执法案件完结率。

在区域行政协助中，要把行政协助的参与主体、法定协助的条件和范围、约定协助的条件和范围、协助的实施程序、责任承担与追究及经费承担等确定下来，形成区域行政执法协助的制度与机制，实现区域行政执法协助的常态化、制度化，消除和避免区域行政协助过程中的各种障碍。

（三）跨地区案件移送

跨地区案件移送是确保案件管辖合法合理的基本要求，也是使案件得到公平公正处理的

①姜明安：《行政执法研究》，北京大学出版社，2004年，第32页。

必要环节。跨地区案件移送是从无管辖权的执法主体移送至有管辖权的执法主体，或者是虽然某一执法主体对该案件有管辖权，但考虑到其他区域执法主体更适宜管辖的，由上级执法部门决定将该案件移送至其他区域的执法主体的活动。案件移送要求先立案的行政执法主体将与案件有关的证据材料、检验报告、鉴定书等，一并移送至其他区域的执法主体。

跨地区案件移送为违法行为的顺利查处发挥着极为重要的作用。案件移送的材料是否齐全直接影响到案件查处的成效和相关当事人能否得到应有的惩处。在区域执法中，案件移送是执法主体相互配合、协助做好执法工作的基本方式之一，也是区域执法协调的重要方式和内容。推动跨地区案件移送协调与处理有利于强化政府合作、促进区域法制建设。当然，如何对移送机制、程序、责任、监督等环节进行有效规范也是跨地区案件移送中需要重点解决的问题。

（四）执法信息通报

在执法活动中，尽早地收集和掌握相关案件信息是案件能够得到公平公正处理的必要前提。执法活动中信息的来源，一方面靠执法主体自己去收集，另一方面靠其他主体来提供。当执法主体自己收集的信息不能解决相关问题时，其他主体提供的信息就成为处理违法行为的关键。有时当执法主体面临信息缺失而束手无策时，其他主体提供的信息却可能使案件的查处变得柳暗花明。可以说，信息的共享不仅使违法行为的处理变得及时有效，同时也有助于执法主体执法能力和执法水平的提高。

随着人们活动范围的不断扩大，社会矛盾会呈现出跨区域、辐射广、影响大、突发性强、协调性难等特点，预防和解决这些社会矛盾，需要更高的管理技巧和问题处置能力。一个行为发生在一个区域，但结果却出现在另一个区域。及时地掌握相关信息，提早对某种行为和现象做出研判，一定程度上能够阻止该种行为和现象的发生。对执法主体而言，及时地得到其他地区以及本地区的相关执法信息，是准确分析执法形势，做出合法合理行政行为的关键。区域间执法信息的通报有利于保持执法主体间密切的执法合作关系，防范监管空隙，避免执法冲突，提升执法综合应对能力。因此，区域间的执法协调要把加强执法主体间的执法信息通报作为其重要的组成部分，搞好信息通报平台建设，形成便捷高效的信息通报机制。

（五）执法争议协调

执法争议协调是指负责执法争议协调的机构根据行政执法部门的提请或者依职权，对行政执法争议进行协调处理的活动。它解决的是执法主体行使职权过程中发生争议。这些争议有可能是因执法职责、执法依据、执法标准引起的，也可能是因联合执法、执法协助、案件移送而发生的。当争议发生后，负责执法争议协调的机构根据行政执法部门的提请或者依职权，对该争议进行调处。“行政执法争议协调应遵循维护法制统一、保证政令畅通、提高行政效能、保障行政相对人合法权益等原则”。[①]“通过行政执法争议协调，可以调和跨行政区

① 石佑启、杨治坤：《试论中部地区法制协调机制的构建》，载《江汉论坛》2007年第11期，第44页。

部门利益，弥补立法时对行政执法职责权限模棱两可规定的缺陷”[①]，促进执法活动的顺利开展，营造和谐统一的执法环境和氛围。

通常情况下，执法争议协调可以按几种情形处理：（1）经协调，行政执法主体达成一致意见的，由执法争议协调主体制作《行政执法争议协调意见书》或《行政执法争议协调确认书》，发送执法主体执行；（2）经协调，行政执法主体对争议事项所涉及的主要问题达成一致意见，但对其他枝节问题不能达成一致意见的，由执法争议协调主体制作《行政执法争议协调意见书》或《行政执法争议协调确认书》，发送执法主体执行。其他枝节问题的处理在必要时可以报请行政执法主体共同的上级政府决定；（3）经协调，行政执法主体无法达成一致意见的，由执法争议协调主体报行政执法主体共同的上级政府决定。上级政府决定后制作《行政执法争议协调决定书》，发送执法主体执行。

（六）区域执法联合评议

区域执法联合评议是指区域内各执法主体为了提高执法活动的有效性、准确性、科学性而联合起来对某项或某类执法活动开展评议的活动。它是执法主体为了提高执法效能，联合起来开展的对执法活动的整体状况进行分析和评判的活动。通过执法主体的联合评议，可以检验出执法过程是否合法合理，执法环节是否衔接紧密，执法协调是否和谐顺畅，执法成本是否合理得当，执法成效是否达到预期目的等，总结出某项或某类执法活动的得失，为下一轮执法活动的开展提出预期目标和任务。执法联合评议既是对执法过程、执法结果的监督，也是对执法经验的分析与总结。执法中有什么优点可以发扬，有什么不足需要改进，都可以通过联合评议进行总结，积累经验。同时，通过评议，也能为后续执法活动的开展提供方向指引和方法借鉴，明确下一步执法的目标和要求。

加强区域执法联合评议，可以把不同区域相关执法活动进行比对，找出共性和个性，发现执法活动的优缺点、执法效能的优劣，形成稳固的执法行为模式。同时，通过区域执法联合评议，可以及时发现执法过程中发生的执法不作为、乱作为、执法越权等问题，减少和避免执法冲突，优化执法过程、提高执法效能。通过开展区域执法联合评议，区域执法的交流与合作必将无形中得到提升和加强。区域执法联合评议为区域执法协调活动的开展提供了一种重要的方式和途径。

① 程宝山、陈谦：《中部地区经济一体化经济一体化进程中的法制协调》，载《河南社会科学》2010年第1期，第205页。

区域一体化中府际间利益的法制协调

杨治坤*

摘　要：在行政区行政模式下，地方政府之间竞争是一种常态；在区域一体化进程中，各地方政府从竞争走向合作，合作治理跨区域公共行政事务是共赢发展之道。府际合作能否成功，取决于各地方政府能否就彼此之间的利益冲突进行有效协调。促成府际利益协调从政策调整向法律调整转型，是建设法治政府的时势所需。作为一项制度安排，府际间利益协调应当遵循公平与效率相结合原则、互信共赢原则和公开参与原则。以法制协调为导向，关涉府际间利益协调的立法，可以采用“综合——单行”立法相结合、“中央——地方”双向融合的立法体例，进而对府际间利益协调主体进行识别，构建相应的利益协调机制，从而将府际利益协调纳入法律规制之下。

关键词：区域一体化；府际利益；法制协调

促进区域经济一体化发展，既是我国融入全球经济一体化的主动适应，也是我国社会自身发展的内生要求。我国自加入WTO之后，党和中央政府的政策文件中多次提出加快促进区域经济一体化进程，如党十六大提出要“加强区域经济交流与合作，实现优势互补和共同发展，形成若干个各具特色的经济区和经济带”，党的十七大进一步指出要“促进区域协调发展，缩小区域差距”，《国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》以专篇的形式，规定“充分发挥不同地区比较优势，促进生产要素合理流动，深化区域合作，推进区域良性互动发展，逐步缩小区域发展差距，基本形成适应主体功能区要求的法律、法规和政策，完善利益补偿机制”，《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》中提出“实施西部开发、东北振兴、中部崛起和东部率先的区域发展总体战略，以‘一带一路’建设、京津冀协同发展、长江经济带发展为引领，形成沿海沿江沿线经济带为主的纵向横向经济轴带创新区域发展政策，完善区域发展机制”，这些政策指引着我国的区域一体化协调发展方向。

在现实实践层面，已经逐步形成了长三角区、珠三角、京津冀、东三省、长株潭、中原城市群、成渝城市群等区域一体化多板块，以点带面，纵横交错——这已经成为我国推进区域协调发展战略的实施步骤和策略安排。但是，在区域一体化快速发展进程中，须解决从行政区经济向区域经济转型中面临的跨越行政区划的公共问题，如跨行政区划的环保问题、人口与资源问题、流域治理问题、基础设施建设问题、地区稳定问题、流行病防治问题、区域发展问题，等等。日益暴露出的这些问题依然值得学界和实务界高度警醒。这些跨越行政区之间的公共事务依靠单个地方政府的力量已无法解决，必须寻求各地政府合作治理之道。问题是，在既有的宪法秩序和治理模式下，受制于分税制和财政分权、GDP锦标赛制等制度安排，各级人民政府作为行政区利益的代表，以行政区疆域为行政权管辖边界的各级人民政府之间的竞争是一种常态。地方政府竞争是中国多年经济持续快速发展的动力，但在区域一体化进程中，区域融合将进一步加强，如果一味强调竞争而缺乏合作制度安排，则在利益协调机制不健全的情形下，地方政府对合作结果与利益分享的不确定性，因担心合作而牺牲自身局部利益但又无法从合作中得到合理弥补的心理意识，不合作策略将成为各地方政府竞相选择的制度偏好，由此导致地方保护主义、恶性竞争等无序现象。政府之间的恶性竞争，反而构成了区域一体化发展的体制性障碍。因此，区域府际合作成为克服行政区行政在解决跨区域公共事务治理面临的短板，府际间利益协调迎合了各地方政府在区域府际合作中追求利益最大化的初原想象——利益协调则是府际合作能否成功的关键。

从国外区域利益的协调模式来看，既有纵向垂直治理模式，也有横向水平治理模式和虚拟治理模式。而不同的学科视野和理论体系，对于区域一体化中府际合作利益协调的模式、手段等存在较大差异，如区域经济理论主张调整产业结构布局来协调政府利益冲突，包括运用哈罗德-多马新古典经济增长模式、不平衡发展理论、梯度转移理论、增长级理论、点轴开放理论、网络开发等理论，以及用财政联邦主义工具强调建立市场维护性联邦主义作为政府预算约束硬化的承诺机制。①国内关于府际间利益协调的相关研究，也多见于经济学、政治学与行政学界，相反，对府际合作利益协调的研究尚未深度进入法学的视野②，不能对府际合作中利益协调进行问题聚焦，无法形成有深度、体系化的智识成果。实务界尽管在府际间利益协调问题上有一定共识，但如何进行利益协调，如何设计利益协调的制度安排等问题上并无实质性进展。这种状态既影响到府际合作的生命力，也不利于区域府际合作利益协调的规范化、制度化运作。

本文主要目标在于，在实施依法治国，建设法治政府的治国理政方略下，将府际合作利益协调纳入法治轨道，是法治精神的时代使命。在将府际利益协调由行政政策主导模式切换为法律调整模式之后，探究府际利益协调应当遵循的原则，分析府际利益协调的立法体例，在此基础上，对府际利益协调的主体进行识别，提出建立府际利益法制协调机制的对策。

*本文系国家社科基金重点项目（编号16AFX007）、中国博士后科学基金第57批面上二等资助（项目编号2015M 572285）的阶段性成果。本文只是一个初稿，文章结构和论证思考不成熟，请勿参引。

杨治坤，法学博士，副教授，广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心研究人员，广东国际战略研究院在站博士后。

① See Qian,Yingyi，Barry R Weingast:Federalism as a Commitment to preserving Market Incentives,Journal of Economic Perspectives Vol.11,No.4,1997.

② 根据对中国知网数据库查询，直接涉及府际间利益协调的法学研究成果非常匮乏，仅一篇文章，见陈书笋：《论区域利益协调机制的法律建构》，载《湖北社会科学》2011年第3期。其他涉及府际间利益协调的文章，见杨寅：《行政区域利益冲突的法律规制》，载《法学评论》2006年第3期；刘水林、雷兴虎：《区域协调发展立法的观念转换与制度创新》，载《法商研究》2005年第4期；石佑启：《论区域合作与软法治理》，载《学术研究》2011年第6期；叶必丰：《区域经济一体化的法律治理》，载《中国社会科学》2012年第8期。

一、府际利益协调的法制转向

我国的法律规范体系与“条块”管理体制相吻合，但对于跨区域公共行政事务治理既缺乏系统的法律规范规制，也无完整的相应跨区域行政组织设置（当然存在例外，如金融监管机构的跨区域设置），加之法治国家、法治政府、法治社会一体化建设还处于完善之中，故对于跨区域公共行政事务治理，当前采用政策协调，由政府自上而下、依靠行政权威方式来推行，即新制度经济学中所谓“强制性制度变迁”①为主要路径。但无论是中央政府、上级政府制定政策约束型的府际利益协调模式，还是通过签订行政协议以承接中央或上级制定的区域发展战略及其政策的自我约束型的府际利益协调模式，在本质上这两种模式均可归结为政策协调。

府际利益政策协调与国家区域协调发展战略一脉相承，当然，国家区域发展战略的决策主体呈现多元化：既有中共中央作为决策主体，也有中央人民政府国务院作为决策主体，还有中共中央、国务院作为联合决策主体。并且，这种国家层面的重大决策往往首先由中共中央在党的会议或文件中提出战略构想，中共中央与国务院联合或国务院单独发文对党的战略决策进行具体化，如西部大开发战略，首先由中共十五届四中全会（1999 年 9 月）正式提出，随后国务院颁布《关于西部大开发若干政策措施的通知》（2000 年 12 月）从整体上规定西部开发的重点、国家重点支持领域；又如东北振兴战略，党的十六大报告首次将东北振兴问题提升到国家战略层面（2002 年 11 月 8 日），中共中央、国务院联合发布《关于实施东北地区等老工业基地振兴战略的若干意见》（2003 年 10 月 5 日），最后由国务院正式批复《东北地区振兴规划》（2007 年 8 月）。为对接国家层面的区域发展战略，地方政府之间则多通过缔约行政协议的形式或者地方政府单独颁布政策，对国家区域发展战略在本行政区域内进行细化落实，如 2009 年 1 月 8 日国务院发布《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008-2020）》，2011 年 3 月 6 日广东省人民政府分别与香港、澳门特别行政区政府签订了《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》，2009 年 6 月 10 日广东省人民政府办公厅颁布《关于加快推进珠江三角洲区域一体化的指导意见》，2010 年 7 月 30 日广东省人民政府办公厅同时颁布《珠江三角洲产业布局一体化规划（2009-2020）》、《珠江三角洲基本公共服务一体化规划（2009-2020 年）》、《珠江三角洲环境保护一体化规划（2009-2020 年）》、《珠江三角洲基础设施建设一体化规划（2009-2020 年）》4 个政策文件，积极推动珠三角一体化协调发展。

府际利益协调政策调整表现出比较强烈的行政权威色彩，一方面，政策方案的设计局限在行政系统内部，公众缺乏参与渠道（当然也不排除有专家参与论证和提供决策咨询意见），公众最后知晓的就是以《通知》、《框架协议》、《规划纲要》等为载体的冷冰冰的政策文本，

① 〔美〕科斯等：《财产权利与制度变迁》，刘守英等译，上海三联书店 1991 年版，第 391-392 页。

利益协调政策文件从制定到颁布呈现封闭状态；另一方面，中央政府或上级政府垄断了作为制度供给的府际利益协调政策制定权力，地方政府或下级政府作为府际利益协调政策的直接关系主体，其制度供给主体地位被降低，仅仅成为利益协调政策的执行者。同时，我们是否也可以得出政策调整的一个悖论：即政府一方面作为府际利益协调政策的强制主体，另一方面它又是府际利益协调政策的调整对象。①府际利益政策协调还涉及政策本身可能存在民主与科学精神的缺失，导致政策执行难度加大和成本增加的风险。

相比较而言，法律调整的稳定性、规范性、国家强制力保障等优势以及告示、指引、评价、教育等功能，更能保障府际利益协调得以有效落实。而我国自己十多年的法治政府建设经验、教训，要求在依法治国的背景下，重塑立法与改革决策的关系，“这就是以法治主义引领立法理念转变，以法治思维和法治方式协调立法与改革决策的关系”。②因此，实现府际利益政策协调向法律调整转型，是时势所需。

二、府际利益协调的法制原则

“利益协调是一种价值取向，它是在承认各区域利益合法性的前提下，通过竞争、回避、体谅、合作、妥协等方式实现契约的制度化，将各利益主体的利益诉求理性地保持在一定的限度内”。③府际利益的法制协调，即是要求以法律规制府际合作中各方利益主体的相关行为，保障合作关系主体各方利益，增进区域整体利益，促进区域和谐、有序发展。府际合作利益的法制协调应当遵循以下几个基本原则。

（一）公平与效率相结合原则

公平与效率是区域经济发展战略追求的两大目标，也是处理地区发展关系的逻辑基点和基本原则。④我国在不同时期采取不同的区域发展战略，基于不同的发展理念也产生了不同的社会效果。改革开放之前实施区域均衡发展战略，强调公平优先原则，以行政权力强制干预经济，推动内地发展，但也阻滞了经济基础相对较好的沿海发展，区域之间呈现一种低水平的平衡，区域发展规模效应不能充分发挥，国家整体发展和社会财富增值较慢。改革开放之后至二十世纪末期，国家以经济建设为中心，推行非均衡发展战略，强调效率优先。在区域发展中，国家不断强化产业分工、资源配置、要素流动、区域综合竞争力等指标，施行资金、人才、投资等生产要素和财政、税收、融资等优惠政策倾斜，导致区域发展差距扩大，恶性竞争、地方保护、环境资源破坏、地区封锁等负面效果层出不穷，经济发展不平衡也引

① 傅大友等人认为，行政体制改革的主客体出现重叠现象，即政府一方面作为行政体制改革的强制主体，另一方面它又是机构改革的对象即强制的客体而存在。参见傅大友等：《行政体制改革与制度创新——地方政府改革的制度分析》，上海三联书店 2004 年版，第 7 页。

② 石佑启：《论立法与改革决策关系的演进与定位》，载《法学评论》2016 年第 1 期。

③ 陶希东：《跨界区域协调：内容、机制与政策研究》，载《上海经济研究》2010 年第 1 期。

④ 参见杨小军、何京玲：《基于公平与效率视角的我国区域经济发展战略演进》，载《商业研究》2009 年第 5 期。

发社会发展不平衡。非均衡区域发展战略引发社会经济发展不可持续后果，需要反思效率优先原则。进入2000年后，我国对先前的区域发展战略进行调整，实施区域协调发展战略，既要发挥各地比较优势，又要采取强有力的宏观调控措施，促进生产要素在区域间自由流动，健全区域合作机制和扶持机制，加大国家对欠发达地区的支持力度，促进基本公共服务均等化，增强发展的协调性。①区域协调发展战略即凸显公平与效率有机结合原则。

府际合作中利益协调的公平与效率原则，是一对方向上相互逆反、状态上并存的矛盾两面体，二者相互催生，并通过两个基本解决路径加以贯彻：一个是管理主义的向度，一个是伦理主义的向度。在管理主义向度上，区域中各地方政府作为中央政府在地方的代表，凸显对国家意志的执行功能，它与价值判断无涉，追求行政效率，故其主张地方政府应对国家整体利益或上级命令负责，高度关注决策和执行的“事实领域”，在提出政府行政的最高标准是“效率”时，“效率”本身也成为政府行为的重要价值目标②，政府之间的利益协调也受制于效率的价值追求，这与古德诺开创了“政治与行政”③二分格局也是相吻合的。在伦理主义向度上，区域内各地方政府又作为地方利益的代表，应对“区域共同利益”负责，要求建立公正的责任政府。各地方政府行政又应当超越传统的政治——行政两分法，其行政活动是政治活动的一种微观延续，同时也是一种与民众生活紧密相关的政治活动，各地方政府行政的价值与公民社会的基本价值相互联系，其价值目标在很大程度上体现为促进区域内公民社会所拥有的基本价值，如公正、平等。美国学者乔治·弗雷德里克森认为，公共行政应当把社会公平作为自己的核心价值，它是一个包含着一套价值偏好、组织设计偏好和管理风格偏好的词汇；它强调政府服务的公平性，强调公共管理者的决策责任和项目执行的责任，强调公共管理的变革，强调公共行政要回应公民的需要而不是公共组织本身的需要。④在这一向度上，各地方政府应当从单一向度的竞争转向双向的竞争与合作并重，以竞争促进合作，协调跨区域行政活动，促进行政区利益和区域整体利益的双重提升。

事实上，在社会的物质利益和人类行动这些社会存在与人们的思想观念“这两个领域即‘两种现实力量’之间存在着紧密联系和无休止的互动……很难否认二者都很重要，但同样很难证明哪一样是首要的，哪一样是次要的”，⑤可以说一个社会的观念决定着其制度(包括法律)的选择，制度选择又决定了一个社会的发展。因此，在我国制定和实施区域发展战略时，正确的目标取向是遵循公平与效率有机结合。在区域发展战略中，公平分享合作利益是府际合作的前提；府际合作的效率取决于所有合作者能否达成合作提升区域整体效益。所以，

① 参见段娟：《从均衡到协调：新中国区域经济发展战略演进的历史考察》，载《兰州商学院学报》2010年第6期。
② 参见郭夏娟：《公共行政伦理学》，浙江大学出版社，2004年，第13页。
③ 古德诺提出“在所有政府体制中都存在着两种主要的或基本的政府功能，即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。……这两种功能分别就是：政治与行政”③的观点，见〔美〕弗兰克·J·古德诺：《政治与行政》，王元、杨百朋译，杨百揆校，华夏出版社，1987年，第12—13页。
④ 参见 Frederickson，*New Public Administration*，the University of Alabama Press，1980.pp.1—12.
⑤〔美〕罗兰·斯特龙伯格：《西方现代思想史》，刘北成、赵国新译，中央编译出版社2004年版，第3页（导论）。

确立公平与效率相结合的原则，既是总结我国区域发展战略历程中不同策略得出的经验教训，也是府际合作利益的法制协调应当遵循的基本原则。

（二）互信共赢原则

信用是一种社会资本，可以降低社会交往成本和风险。美国学者弗朗西斯·福山指出，“构成社会资本的规范必须能够促进群体内的合作，因此，它们往往跟诚实、遵守诺言、履行义务及互惠之类的传统美德存在联系。”①而互信则是对作为各自对方的信用判断与选择。在区域发展战略中，互信是构建新型区域合作观念的思想先导，也是府际合作利益协调有效开展的前提。互信内含一种隐秘的判断，即由于授予其他政治主体对某些利益问题的自由决定权，也就接受了他们潜在不良意愿给自己可能造成的伤害。在府际合作利益协调中，能否互信影响着区域发展战略中的某一方政治主体为实现目标而同其他政治主体通力合作的意愿，也影响着领导人同其他集团结成联盟的意愿。一旦赋予信任，府际合作主体就要承担潜在伤害所带来的一定量的风险，以换取相互合作的益处。“你的利益暗含我的利益。另外，从理性选择的角度看，信任是矛盾的。一方面，信任关系在增加合作效用的同时减少了信息成本；另一方面，因为政治主体是自私的，那些信任其他政治主体的政治主体似乎在非理性的选择增加他们受其他政治主体伤害的可能性。”②因此，由政治不信任所导致的“各集团间的疏远和敌视感，很可能造成政治冲突，甚至会使相对来说是例行的政治决策过程难以推行。”③马克思也曾说：“在再生产过程的全部联系都是以信用为基础的生产制度中，只要信用突然停止，危机显然就会发生。”④由此可见，是否有信用资本，能否互信，考验着府际合作中各地方政府的政治智慧。

区域发展战略中，各级政府都具备“理性人”思维和“搭便车”策略，为走出“囚徒困境”，参与合作的政府应当经过充分协商，分析差异性利益，探讨共性利益，对区域合作中作出较大利益牺牲而提升区域利益的政府利益给予补偿。也就是说，府际合作以互惠为基础，求同存异，实现各方均能从合作中获益和促进区域利益最大化之间的均衡，这即是共赢思维、共赢原则。共赢原则要求府际合作各方改变独善其身的思维和策略，树立起自身利益是建立在他人利益基础之上、自身发展状况与他人的发展状况“唇齿相关”的意识，合作解决区域治理问题。

（三）公开参与原则

府际合作是一个求同存异的竞合过程，通过利益协调的制度安排来促进处于矛盾或对立状态的不同利益向共同利益转化，同时将各种不同利益之间的矛盾限制在良性互动的范围内，是减少利益冲突和恶性竞争的有效途径。⑤地方政府在与区域内其他地方政府合作过程中，

①〔美〕弗朗西斯·福山：《信任：社会美德与创造经济繁荣》，彭志华译，海南出版社2001年版，第30页。
②〔美〕马克·E·沃伦：《民主与信任》，吴辉译，华夏出版社2004年版，序言，第1-2页。
③〔美〕加布里埃尔·A·阿尔蒙德等：《比较政治学》，曹沛霖译，上海译文出版社1987年版，第44-45页。
④《马克思恩格斯全集》第25卷，人民出版社1974年版，第555页。
⑤ 参见庄士成：《长三角区域合作中的利益格局失衡与利益平衡机制研究》，载《当代财经》2010年第9

尽管无法彰显行政区内的公民、法人和其他组织在府际合作中的个体利益而由地方政府代表行政区的整体利益，但随着我国行政从压制型行政模式向回应型行政模式的转变，在府际合作利益协调中，各政府行政不再局限于传统的命令行政、单方行政和消极行政，行政观念、手段和方式开始出现转向：行政相对人不再仅仅是守着自己消极权利的分地的看护人，不再是行政管理的客体，而是具有独立主体地位和公共精神的公民，是行政的重要参与力量；行政过程不再是行政主体单方意志操纵的行动，而是行政主体与行政相对人协商、沟通、交涉而形成的双向意志交流与互动。①各地方政府所代表的的整体利益，既有赖于对行政区内各利益相关主体个体利益的凝聚和提升，也有赖于对与区域内其他地方政府之间的利益冲突的充分认知、判断才能合理界定。否则，任何封闭、单方决定、行政强制等方式对于府际间的利益界定及其协调均无济于事。因此，府际合作的各类信息公开，让行政区内各方利益关系主体和区域内其他地方政府知晓，拓宽参与渠道，通过辩论、沟通、说服、妥协等，充分表达自己的诉求，才可能达致各方都能接受的一致行政方案。

府际合作是处理跨区域公共行政事务的一种合作治理。治理不是一整套规则，也不是一种活动，而是一个过程；治理过程的基础不是控制，而是协调；治理既涉及公共部门，也包括私人部门；治理不是一种正式的制度，而是持续的互动。②府际合作利益协调更是一个上下互动的管理过程，通过合作、协商、伙伴关系、确立认同和共同的目标等方式实施跨区域公共事务管理，以建立在市场原则、利益协调和认同之上的合作。“从政府角度看，公众参与可以为推进有效的政府治理、构建互动合作的政府与社会关系、重建公共权力的权威等提供新的社会资源；从社会角度看，公众参与有助于促进多元利益主体的对话合作、超越零和博弈游戏、促进社会公平。”③所以，府际合作利益协调不是纯粹的政府内部事务，而是直接牵涉区域内企业、社会组织、公民等各方主体的行为选择与策略安排，依赖各利益相关主体的积极参与。

公开是参与的前提，没有公开的参与，是毫无意义的徒劳或表演；没有参与，公开也失去了目标价值。所以，确立公开参与原则，是“民众之事，民众知晓，民众参与”这一宪政精神在区域发展战略和府际间利益协调中的体现。

三、府际利益协调的立法体例

立法工作既要充分尊重经验主义立法理念，总结改革经验“确保立法进程与改革开放和社会主义现代化建设进程相适应”，更要发挥法治主义立法理念，“把立法决策与改革决策更好的结合起来”，“从法律制度上推动和落实改革举措，充分发挥立法在引领，推动和保障改革方面的重要作用”。对于府际间的利益协调，总体而言，可以采用“综合——单行”立法相结合、“中央——地方”双向融合的立法体例。

经过多年的区域发展战略，我国已经形成了“东部——中部——西部”、“南——北”、“沿海——内地——边疆”、“点——带”等多中心区域一体化格局，各中心在府际间利益协调问题上既有共性也有个性。针对区域发展战略与府际间利益协调过程中的共性工作，可以采取综合立法模式，对府际间利益协调的主体、协调程序、协调组织、协调执行、协调保障、协调监督等各个环节进行调整和规范，将区域利益协调的一系列技术方法、协调手段、行为方式、协调程序等内容规范化、制度化。府际间利益协调的法制化，也是一种法制精神，确切地说它强调的是一种行政法制精神，“就目前来讲，行政法制精神无疑由如下诸因素构成：行政民主化、行政公开化、行政管理效率化、行政权力有限化、行政程序连续化、行政过程规范化、行政组织合理化、行政人员知识化等、……这此精神是行政法制统一的支柱，不论哪一个地区、哪一个部门、哪一种性状的经济构成、哪一种文化特性都必须捍卫上述法制精神。”①另一方面，各区域发展不平衡，区域发展战略功能定位不同，府际间中利益协调的各要素也存在差异，可采用单行立法就某一区域发展和府际合作利益协调进行规范。事实上，主要发达国家在区域协调发展立法方面，也有采用综合——单项相结合的立法先例，在规定区域协调发展的总方针和政策方面，如联邦德国《改善区域经济结构法》、日本《国土综合开发法》，以及英国 1934 年通过的《特别地区法》旨在协调地区之间的发展不平衡，而 1945 年的《工业分布法》和 1946 年的《新镇法》，则分别是用来引导投资的地区分布，促进衰退地区的发展和限制大都市的蔓延。②；针对欠发达地区的特别振兴措施，如日本《山村振兴法》、韩国《促进特别地域综合开发特别措施法》；针对大型项目的专项立法，主要是针对国家投入了大量资金和关系到国家发展的重大项目进行立法，如美国《麻梭浅滩与田纳西流域开发法》；针对特定事项进行专门立法以推动该项事业的发展，如联邦德国《投资补贴法》、日本《促进工业再部署法》等，均通过法制强化在区域协调中政府合作职责，包括对利益协调的处理问题。发达国家依据法律加强区域开发和利益协调，为我国府际间利益协调法制化调整提供了域外经验和借鉴样本，我国可以采用综合——单项立法相结合的立法模式，对区域发展战略和府际合作利益协调进行法律规制。

同时，我国单一制的国家结构形式和多层级立法体系，有助于建立中央——地方之间的上下融合立法。具体说，中央（全国人大或国务院）对国家区域发展战略、府际合作或者跨省级区域合作事项进行上位立法，由地方共同的权力机关或人民政府对地方区域发展战略、府际合作以及利益协调等事项进行地方立法，中央宏观立法与地方中观立法相结合，形成完整的法律规范体系，对府际合作利益协调进行规范。

期。

① 参见石佑启、杨治坤、黄新波：《论行政体制改革与行政法治》，北京大学出版社 2009 年版，第 13 页。

② 全球治理委员会：《我们的伙伴关系》，牛津大学出版社 1995 年版，第 23 页。转引自俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 4—5 页。

③ 王锡锌主编：《行政过程中公众参与的制度实践》，中国法制出版社 2008 年版，第 16 页。

① 关保英：《行政法教科书之总论行政法》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 577 页。

② 参见〔英〕霍尔：《城市与区域规划》，邹德慈、全经元译，中国建筑出版社 1985 年版，第 118 页。

四、府际间利益协调的主体识别

府际间利益具有一致性，也具有差异性。差异性是产生府际间利益冲突或矛盾的显现缘由，一致性为府际间利益冲突走向利益协调提供了初原动力。遵循府际间利益协调的法制化路径，一旦发生府际利益冲突或纠纷，对府际间利益协调的方式不同，则参与协调的主体存在差异。那究竟哪些主体有资格对府际利益进行协调？本部分着力要解决这一问题。

（一）府际利益协调的立法职权主体

尽管区域发展战略的决策主体包括党的最高领导机关、一定级别的权力机关和人民政府，但府际合作利益协调法制化调整，首先要解决哪些主体是享有立法职权的主体，因为只有享有立法职权的主体才有资格促成当前府际合作利益协调政策调整型向法律调整型转变。府际合作利益协调的立法职权主体范围，与需要协调的利益范围息息相关，涉及跨省域的区域发展战略与府际合作利益协调的，立法职权主体有：全国人大及其常委会、国务院及其各部委，以及享有立法权的地方权力机关与人民政府。前者立法适用范围跨越省域，后者立法适用于省域内立法机关管辖区域，调整管辖权内各方主体的行为。

（二）府际利益协调的执行主体

在国家区域发展战略中，各区域成立了各种非建制式的组织机构，如联席会议制、市长联盟，协调小组等，每种组织机构的具体职能分工有所不同。如泛珠三角区域合作的协调机制，主要由五种具体制度安排构成：(1)行政首长联席会议制度。它由内地省长、自治区主席和港澳特别行政区行政长官组成，每年举行一次会议，研究决定区域合作重大事宜，协调推进区域合作。(2)行政首长联席会议秘书处。它内设于行政首长联席会议之下，有秘书长 1 名，常务副秘书长 2 名，其中 1 名负责秘书处日常工作，另 1 名由承办当届“论坛”和“洽谈会”的政府委派。(3)政府秘书长协调制度。它由 9 省(区)政府秘书长或副秘书长，以及香港、澳门特别行政区政府相应官员组成。(4)日常工作办公室工作制度。“9+2”各成员方设立日常工作办公室，负责区域合作日常工作。9 省区的日常工作办公室设在发展改革委(厅)，香港、澳门特别行政区政府确定相应的部门负责。(5)部门衔接落实制度。主要负责对政府行政首长联席会议决定的与本部门有关的事宜制定互相衔接的具体工作方案、合作协议、专题计划等工作。①其他区域府际合作包括利益协调中的组织机构设置也大体类似。但是，从我国区域协调组织发展的历程和现状来看，其在区域利益协调上的作用并不明显。正如有学者指出，区域协调组织的“组织运作和实际功能都仅停留在信息交流的层次上，是一个对区域相关问题进行讨论的论坛，充其量不过是进行一些具有互惠性质的经贸洽谈和项目合作，

① 参见杨爱平：《论区域一体化下的区域间政府合作——动因、模式及展望》，载《政治学研究》2007 年第 3 期。

对涉及区域内利益冲突和竞争的事项很难有实质性的协调功能。”①府际合作利益协调的难度，直接影响着当前府际合作利益协调组织机构的工作实效。是否设置府际合作利益协调的实体建制式组织，则是一个需要深入研究的问题。

（三）府际利益协调的参与主体

府际合作利益协调的参与主体，是区域府际合作利益协调中不可或缺的组成部分。参与主体即可参与有关府际合作利益协调立法（决策）领域，也可参与府际合作利益协调具体执行环节。《立法法》第五条规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”这即是说，当作为立法参与主体时，即是指立法活动中不享有立法职权的其他参与主体，如参与立法听证的专家、利益相关个人或团体，以及对立法机关公布的法律草案提出意见和建议的其他国家机关、组织或公民等。如果是参与府际合作利益协调的具体执行环节，理论上，其他国家机关、组织或公民都有资格参与其中，但参与主体的范围，则可根据政府所作出的行政行为所针对的对象或所可能影响到的对象来确定。参与主体通过参与，在各个阶段、环节提出自己的看法，表达利益诉求，有助于立法、决策或执行环节充分听取民意、集聚民智，推进立法（决策）民主化、学科化和执行民主，也有助于参与主体对立法、决策、执行工作的认同和接受，因为“承认政府具有合法性的公民更有可能遵守法律、支持政权以及接纳不同的观点，而立法过程中的公民参与对于培养这种合法性是至关重要的。”②

五、府际间利益协调的机制建构

程序是交涉过程的制度化，也是一套工作机制。它通常将国家权力运行的过程、方式和边界分解成若干个过程和环节，每一个过程和环节又有“检验标准”和期限要求，这为权力主体的自律设计了内控装置，让它们服从自己的角色安排，依据规则行事。③行政程序的本质特点应当是过程性和交涉性。区域利益协调的程序包括协调遵守的方式、步骤、顺序、时限和规则等，在这种程序中，不仅要求各政府行政权力依法行使，而且要考虑行政的复杂性、公众需求的多样化、资源的有限性，要通过扩大利益协调参与人而实现行政的民主化，淡化行政过程的“单方性、强制性”色彩，鼓励在协商合意的基础上实现利益协调目标的达成。同时，府际合作利益协调程序应当包含参与、交涉、对话、协商、妥协等内容，为行政参与提供了法定的途径，使各方主体在区域治理中从单纯的管理对象变为行政过程的参与性力量，从而增强政府的责任性和回应性。要实现区域利益协调过程的程序化，应当保障程序设置的科学性、公开性和合法性，这是实现区域利益协调机制程序化的前提和基础。

① 荣跃明：《区域整合与经济增长—经济区域化趋势研究》，上海人民出版社 2005 年版，第 236 页。
②〔美〕卡尔·克茨：《公民与议会——公众对于议会的参与和信心》，节人磊译，载蔡定剑主编：《国外公众参与立法》，法律出版社 2005 年版，第 4 页。
③ 参见王英津：《论程序政治——对我国民主道路的新探索》，载《中国人民大学学报》2002 年第 3 期。

（一）利益表达机制

区域利益表达机制是指在府际合作中各区域关系主体，通过区域协调组织进行信息沟通和利益表达，使各区域关系主体充分表达己方的利益，知晓其他方利益诉求的一种利益协调机制。利益表达机制是最为基础的利益协调机制，它本身并不直接对区域内其他关系主体的利益产生实质影响。实践中多通过区域论坛、区域研讨会、经贸洽谈会等形式实现，但不容忽视的一种倾向是，在府际合作利益协调中，强势地区和集团享有更多更有分量的话语权，弱势地区或群体利益易被轻视，由此造成利益表达上的权利和机会的不公平。构建利益表达机制的意义在于，在强势地区和群体主导区域合作的态势无法改变的情况下，通过适当的制度安排，促进表达信息的畅通，提供公平、机会均等的正当利益表达的权利和机会，提高弱势地区和群体利益表达的有效性，为合作利益博弈与整合提供较为公正的条件和环境，实现表达权利的平衡，使区域合作的利益格局相对公平合理。①

（二）利益磋商机制

所谓府际合作利益磋商机制是指区域关系主体就涉及到自身利益的某一具体事项，与其他利益相关方进行正式磋商，寻求消除分歧或达成一致行动意见的利益协调机制。②与区域利益沟通机制相比，利益磋商机制涉及的事项更为具体，各区域关系主体一般直接针对某一具体事项进行磋商。因磋商主体的确定性，磋商事宜的明确性，所以磋商达致的结果一般也更具有可接受性、操作性。如果从权利义务的角度讲，即意味着区域关系主体的权利义务更加明确、具体，对各关系主体的约束力也更加明晰。

（三）利益协议机制

所谓区域利益协议机制是指区域关系主体在就某一问题达成共识之后，为确保该共识能够为区域主体各方所遵守并得到切实执行而签订相关协议，赋予该共识以强制约束力的过程。③府际合作利益协议机制的结果，就是各人民政府之间签订的行政协议，它是利益协调的多方主体意思合意，是区域利益协调由意向性沟通发展为实质性结果，对各缔约方均产生约束力。当前行政协议的约束力“主要就是这种成员居于共同体的责任和有诺必践原则所产生的自我约束力，以及害怕被群体孤立的压力而被迫履行。”④当然，如果法律对行政协议有规定的情况下，行政协议的自我规制约束力因被法律认可、规范，这种约束力就上升为法律效力，则可以国家强制力督促缔约方按协议内容履约。

（四）利益补偿机制

① 参见庄士成：《长三角区域合作中的利益格局失衡与利益平衡机制研究》，载《当代财经》2010 年第 9 期。
② 参见周叶中、张彪：《促进我国区域协调组织健康发展的法律保障机制》，载《研究学习与实践》2012 年第 4 期。
③ 参见周叶中、张彪：《促进我国区域协调组织健康发展的法律保障机制》，载《研究学习与实践》2012 年第 4 期
④ 汪伟全：《长三角经济圈地方利益冲突协调机制研究:基于政府间关系的分析》，载《求实》2008 年第 9 期。

实现区域内各地方政府利益增进与区域利益最大化之间均衡，是各地方政府开展府际合作的动力源泉。但是，府际合作过程中，国家或大区域为了实现区域整体利益，可能要危及或牺牲某一政府利益或区域发展机会时，国家或区域内其他受益的政府应当给予这些利益受损的政府应有的机会或利益补偿。因此，建立利益补偿机制是必要的，“是对区域合作可能造成的过大利益差距的制度救济，同时也可减少和避免地方政府的机会主义和地方保护主义倾向”，①防止在实施区域协调发展的同时又造成新一轮的发展不平衡。这种利益补偿机制，目前采用中央财政转移支付的方式，但以后能否创新财政制度——建立横向府际之间的财政转移支付制度，或者建立府际合作发展基金，对府际合作中利益受损的地方政府进行补充，值得期待。

（五）利益协调监督机制和纠纷裁决机制

监督和纠纷裁决机制主要是形成利益协调中的约束链条，减少府际合作中的机会主义行为，确保合作行为的可持续性。地方政府“理性经济人”的考量和不合作策略选择，均可导致府际间利益协调执行不力甚至纠纷四起。为保障利益协调方案能得到切实履行，或者预防纠纷发生，需要考量相应的监督机制和纠纷解决机制并予以制度化，因为“制度为参与人关于博弈重复进行的方式的共有信念系统，它作为共有信念而对环境的微小而连续的变化是稳固和耐久的。……一般来说，由于个体参与人的匿名性和大数定理的作用一旦实现，个人认知以及相关策略决策的边际和随机变化对参与人总体的预期只会发生一些微乎其微的影响”②。因此，应当建立府际间利益协调监督和纠纷解决的制度化途径。

在区域发展战略中，府际合作是一种新常态，但冲突也贯穿于府际合作的始终，加强府际合作中的利益协调，有助于区域合作的利益关系保持适度弹性，使各种矛盾和冲突维持在区域合作能够容纳的范围内。在推进依法行政与建设法治政府的背景下，促成府际合作利益协调的政策调整向法律调整转型是时势所需，应当努力建立健全相关制度机制，保障府际合作利益协调纳入法律规制之下。

① 黄溶冰：《府际治理、合作博弈与制度创新》，载《经济学动态》2009 年第 1 期。
②〔日〕青木昌彦：《比较制度分析》，周黎安译，上海远东出版社 2001 年版，第 236 页。

论环境联合执法及其法律规制*

黄喆**

摘　要：近年来，随着国内环境容量与社会发展之间矛盾的加剧，各类环境问题呈现出集中爆发之势。对此，许多地区都开始通过加强环境联合执法来予以应对，并取得了良好的成效。但与此同时，现阶段的环境联合执法在法律依据、主体资格、模式规范、权责分配等方面仍存在一些亟待解决的问题。因此，有必要加强对于环境联合执法的法律规制，进一步推动它的规范化与法治化进程，从而充分发挥它在环境治理中的积极作用。

关键词：环境联合执法；法律问题；法律规制

工业化和城镇化进程的不断深入，推动了我国经济的快速增长，但由此也埋下了巨大的环境隐患。近年来，随着环境容量与社会发展之间矛盾的加剧，各类环境问题呈现出集中爆发之势——流域水污染层出不穷、雾霾污染频繁发生、固体废弃物污染屡禁不止……在此情况下，环境问题已成为制约我国经济社会可持续发展的一大掣肘，而如何推进环境执法并实现对环境问题的有效防控，则成为各级政府及其部门所面临的共同挑战。为此，许多地区都开始通过加强环境联合执法来应对日趋严峻的环境问题。结合这一现实背景，本文试图就环境联合执法及其法律规制的相关问题作些探讨。

一、环境联合执法的必要性

关于联合执法的必要性，公法学界一直存在较大的争议。一方面，有学者指出，“长期以来，我国的行政管理一直处于粗放式、低水平层次，执法人员素质普遍不高，在执法中，缺乏程序意识，单纯追求所谓执法效率”，而“联合执法正是这种粗放执法的产物”，因此“目前不宜搞联合执法”；[①]但另一方面，也有学者表示，“联合执法作为一种历史阶段的产物，尽管存在这样那样的问题，但是总的说来在当前仍有存在的必要性”。[②]而作为联合执法的一种重要类型，环境联合执法也不可避免地被卷入到这一争议之中。对此，笔者赞同后一种观点，究其原因在于，环境联合执法为克服生态环境整体性与环境管辖分割性之间的矛盾提供了一条可行的路径。

*本文受到教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“区域经济一体化中政府合作的法律问题研究”（项目号：11JZD010）、中共广东省委宣传部课题“加强环境资源保护立法研究”、国家社科基金项目“区域府际合作治理的行政法问题研究”（项目号：14BFX036）资助。

**黄喆（1986-），法学博士，广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心助理研究员。

① 参见李传水：《联合执法应慎行》，《行政与法》1999 年第 1 期，第 46 页。

② 吴鹏、范学臣：《“联合执法”的问题及完善路径》，《中国行政管理》2006 年第 5 期，第 26-27 页。

所谓“生态环境整体性”，是指从自然地理的角度来看，整个地球的生态环境是一个不可分割且紧密联系的整体。污染一旦形成，它将在各种自然或人为力量的推动下不断扩散，从而“牵一发而动全身”，使污染源邻近的环境空间甚至是整个生态环境受到破坏。然而，各行政主体对于环境管辖却存在不同的权限范围。因此，虽然生态环境内部不存在任何边界划分，但行政主体的环境执法却因环境管辖权的配置而表现出鲜明的分割性。一方面，不同政府部门在职能管辖权上的划分，使得单个政府部门难以独立就某些环境问题展开执法。即使对于环境保护部门而言，亦是如此。例如，现行《环境保护法》第 63 规定：“企业事业单位和其他生产经营者有下列行为之一，尚不构成犯罪的，除依照有关法律法规规定予以处罚外，由县级以上人民政府环境保护主管部门或者其他有关部门将案件移送公安机关，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留：……”可见，在具体的环境案件中，如果要对有关人员处以行政拘留，环境保护部门并没有直接采取强制措施的权力，而应当将案件移送公安机关。另一方面，各地方政府、不同行政区划政府部门在地域管辖权上的划分，使得单个地方政府或部门并不能对跨行政区划的环境问题作出全面处理，由此也往往导致本行政区划内环境执法的失效。例如，当某区划的生态环境因其他区划污染源的扩散而遭受污染时，受污染区划的地方政府及其部门并没有权力对污染源进行检查、控制和处罚等，这往往会导致它们在辖区内实施的环境执法活动也难以取得实效，甚至还可能徒劳无功。

为此，推动我国环境治理的进程，已亟需对不同行政主体的环境管辖权予以整合。大致来说，这种整合存在两种可能的途径：一是在一定范围内，将原本分散于多个行政主体的环境管辖权交由一个行政主体行使，并由其统一开展环境执法活动；二是在不改变现有行政主体的组织构成及管辖权配置的前提下，通过环境联合执法的实施，来克服因环境管辖权限分割而引起的执法障碍。对此，如果采取第一种途径，必然会引起行政组织的合并，但这必须具备明确的法律依据或授权，并通过较为严格、繁杂的程序才能实现，因而需要经过一个较长的时间周期，且存在一定的滞后性，从而往往难以对现有的环境问题作出及时的回应。而且，从现实来看，行政组织的合并也不可能无限地进行下去。因此，无论如何合并，还是会存在多个行政主体及其环境管辖权限的划分。可见，第一种途径在可操作性方面也存在较大的欠缺。相比之下，通过第二种途径，即通过实施环境联合执法来推动环境管辖权限的整合，一来不涉及行政组织在职责、结构和数量上的调整，因而具备较强的灵活性和可操作性；二来则能够实现各行政主体之间分工和配合的统一，从而更为符合现代有限政府与服务型政府构建的一般规律，有助于实现行政组织在规模、功能、效率等方面的平衡与协调。

二、环境联合执法的实践类型

结合当前环境联合执法的实践，以开展和实施环境联合执法的主体为标准，可对环境联合执法作出如下类型划分：

（一）中央政府部门之间的环境联合执法

中央政府部门之间的环境联合执法主要由环境保护部会同其他中央部委（局）予以开展和实施。例如，2014 年 1 月 4 日，环境保护部和公安部共同发布了《关于加强环境保护与公安部门执法衔接配合工作的意见》，要求各级环境保护部门和公安部门加强在环境保护工作中的衔接配合，明确了环境保护部门在涉嫌环境犯罪案件办理中的发现、查处、移送以及后续协调作用，并规定了案件移送的职责、时限、程度和监督等，从而有助于改变以往环境保护部门“单兵作战”的局面，强化了环境执法力度。[①]可见，由于中央政府部门对于地方政府部门在专业业务上的具有领导或指导职能，因此，它们除了能够亲自参与和实施环境联合执法以外，往往还能够自上而下地推动甚至直接要求其所属地方政府部门之间进行环境联合执法。如果从当前行政体制“条块关系”的角度来看，中央政府部门之间环境联合执法的重要功能即在于，其有助于在全国范围内对“条条”之间的环境管辖权予以较大程度的整合，从而对国家到地方环境保护工作的开展形成积极的推动作用。

（二）行政区内地方政府部门之间的环境联合执法

根据现行《环境保护法》的规定，县级以上地方人民政府环境保护主管部门对本行政区域环境保护工作实施统一监督管理；县级以上人民政府有关部门，依照有关法律的规定对资源保护和污染防治等环境保护工作实施监督管理。由此可知，除环境保护部门以外，其他有关政府部门，如水务、海洋、农业、林业、国土资源、公安、工商、安监、监察等，也在各自的业务领域内对环境保护承担了相应的职责。因此，为推进行政区内环境治理的工作，行政区内的各政府部门共同开展环境联合执法的情况较为常见，且遍及省、市、县三级行政区。从近年的实践来看，省一级行政区内的环境联合执法如 2014 年 8 月，陕西省环境保护厅与公安厅联合发布了《关于加强环境保护与公安部门联合执法工作的意见》，集中解决在一定区域、一定时段内严重污染环境；市一级行政区内的环境联合执法如 2015 年 8 月 27 日，嘉兴市环境保护局联合发展改革委、经信委、国土资源局、农业经济局、综合行政执法局、质监局等部门开展小锅炉冒黑烟专项督查；[②]县一级行政区内的环境联合执法如 2015 年 2 月 12 日，河北省保定市徐水县（区）环境保护局、公安局、国土资源局联合开展“零点行动”，对大王店镇、义联庄乡、釜山乡的小石碴非法摊点以及西黑山私采滥挖情况进行严厉打击；[③]等等。

①参见陈阳：《环保公安联合执法：破除“以罚代刑”困境》，《中国经济导报》第 2497 期，第 C01 版。
②参见《8 月 27 日，市环保局联合市发展改革委、市经信委、市国土资源局、市农业经济局、市综合行政执法局、市质监局等部门开展小锅炉冒黑烟专项督查》，载 http://www.jepb.gov.cn/News/2/376c12a6c885120ccc22d28b4215df6a016c16b3.html，2015 年 12 月 28 日访问。
③参见《县环保局、公安局、国土局三个部门联合开展“零点行动”》，载 http://www.xushui.gov.cn/newshow.asp?cid=002001&id=9332

（三）跨行政区地方政府部门之间的环境联合执法

近年来跨行政区污染问题的凸显，使得传统的环境执法因难以突破区划边界的刚性限制而显得力不从心。在此背景下，跨行政区的环境联合执法应运而生。基于环境保护工作的专业性，鲜有以一级地方政府作为主体而实施的跨行政区环境联合执法，更多的是由各具体政府部门作为参与或实施的主体。其中，由不同区划环境保护部门共同实施的环境联合执法最为常见。例如，山东省济南、淄博、泰安、莱芜、德州、聊城与滨州七市于 2014 年 5 月共同签订了《省会城市群行政边界地区环境执法联动协议》，对七市环保部门在边界地区实施环境保护联合执法作出了规定。[①]而这种跨行政区对口部门之间的环境联合执法也不局限于环境保护部门，如不同区划的公安就跨行政区环境犯罪展开联合执法等。除此以外，现实中还会存在跨行政区并跨部门的环境联合执法。例如，2014 年 10 月 30 日，山东省青岛、东营、烟台、潍坊、威海、日照六市共同签订了《半岛流域行政区域边界地区环境执法联动协议书》，决定联合建立半岛流域内“边界环保警察”。[②]可见，这六市之间的环境联合执法同时具有“跨行政区”和“跨部门”的属性。

（四）政府部门与地方政府之间的环境联合执法

政府部门与地方政府之间的环境联合执法，特指上级政府部门与下级地方政府共同实施环境联合执法的情形。如果是由上级地方政府与下级政府部门共同执法，只能被视为下级政府部门在执行上级地方政府的命令，而不存在“联合执法”的可能。从实践来看，上级政府部门与下级地方政府实施环境联合执法的情况普遍存在于县一级环境保护部门与乡镇一级地方政府之间。例如，2014 年 6 月，山东省阳信县环保局联合水落坡镇政府针对四家“土小”企业进行了关停取缔。[③]在当前乡镇环境保护机构尚未建立健全的背景下，此类环境联合执法能够在一定程度上减少乡镇政府和县环境保护部门之间争权诿责的现象发生，从而有助于推动农村环境问题的解决，因而具有十分重要的意义。

（五）行政机关与司法机关之间的环境联合执法

现阶段，环境联合执法不仅发生在行政系统内部，还存在于一些司法机关与行政机关之间。例如，2014 年 6 月 17 日，河北省新乐市人民法院和环境保护局针对三起环保非诉案件的执行开展了联合执法活动。[④]除人民法院以外，人民检察院与政府部门也存在共同开展环境联合执法的情况。例如，2014 年 6 月，河北省张家口市涿鹿县检察院与环境保护局联合下发了《关于在预防职务犯罪工作中加强联系配合的实施方案》，明确建立联合执法检查制

①参见《7 市共签省会城市群行政边界地区环境执法联动协议》，2015 年 12 月 28 日访问。http://www.sdein.gov.cn/dtxx/hbyw/201405/t20140522_257490.html，2015 年 12 月 28 日访问。
②参见王媛、孙俊杰、蓝刚：《半岛六市建立“边界环保警察” 联手治跨境污染》，http://news.bandao.cn/news_html/201410/20141031/news_20141031_2468194.shtml，2015 年 12 月 28 日访问。
③参见阳信县环保局：《阳信县环保局联合水落坡镇政府重拳清理“十五土小”企业》，http://www.sdein.gov.cn/dtxx/gsdt/201406/t20140630_259587.html，2015 年 12 月 28 日访问。
④参见刘彬：《新乐法院：开展环保非诉案件联合执法行动》，http://www.hbcourt.org/public/detail.php?id=18987，2015 年 12 月 30 日访问。

防职务犯罪联席工作会议，建立健全共建预防职务犯罪协调和防范机制等。[①] 又如，2015 年 11 月，由河南省新乡县政府副县长带队，县环境保护局、人民检察院、公安局、电业局、乡（镇）政府共同组成联合执法小组，对合河乡、大召营镇“十五小”等环境违法企业进行了督导检查。[②]可见，随着国家环境保护任务的加重，司法机关开始主动寻求行政机关的配合，或积极介入到行政机关的执法活动之中，从而与行政机关共同开展和实施环境联合执法。

三、环境联合执法的成效及其存在的法律问题

（一）环境联合执法的成效

1. 制度建设的成效

第一，环境联合执法的长效制度逐步建立。例如，2007 年 7 月，针对衢州市湖南镇水库的藻类污染事件，位于乌溪江上游的丽水市和下游的衢州市尝试了边界环境联合执法检查行动。此后，为进一步推动边界环境联合执法的发展，丽水、衢州两市于 2008 年初出台了《乌溪江流域环境联合执法实施方案》，建立起了乌溪江流域环境联合执法的长效制度。[③]第二，环境联合执法的配套制度日臻完善。以环境联合执法为核心，不少地区正建立健全与之相关的配套制度，如联席会议制度、信息共享制度、案件移送制度等。第三，环境联合执法的组织保障日益健全。从近年的环境联合执法制度建设来看，各地区都较为重视组织建设的问题。其中，绝大多数地区都通过组成人员结构相对稳定的“联合执法（小）组”予以实施和落实。另外，还有部分地区正式挂牌设立了环境联合执法办公室，从而进一步强化了环境联合执法的组织保障。

2. 执法工作的成效

环境联合执法及其机制的不断完善，也直接促进了它在环境保护执法工作中效果的提升。以环境联合执法活动开展较为活跃的浙江省为例。其中，海宁市开展“环境联合执法年”活动以来，仅 2012 年 9 月至 10 月中旬一个半月的时间里，即已查处了环境违法案件 118 件，责令停产企业（含部分设备停产）46 家，拘留 5 人，并对 27 家废气污染企业下发了限期整改通知书；[④]2015 年上半年，德清县环境保护局和公安局已开展联合执法检查 40 余次，检查企业 80 余家，对 20 起涉嫌环境违法的行为开展联合侦查，对 17 起涉嫌环境犯罪的案件

①参见《涿鹿县检察院与县环保局联合执法保护生态环境》，http://www.zjkepb.gov.cn/show.aspx?id=11762&cid=87，2015 年 12 月 30 日访问。
②参见魏巍：《联合执法，亮剑秋风行动》，http://www.jcrb.com/prosecutor/information/201511/t20151120_1566294.html，2015 年 12 月 30 日访问。
③参见中国环境网报道：《浙江：为流域环境联合执法提供新方案》，http://www.china.com.cn/environment/2009-04/10/content_17584689.htm，2015 年 12 月 30 日访问。
④参见《海宁市“环境联合执法年”行动成效显著》，http://www.jepb.gov.cn/News/1/34b1e9374b135df6a1ebb731911b6e1a1261ff5f.html，2015 年 12 月 30 日访问。

移送公安部门调查、立案，共对 30 名涉案人员进行了刑事拘留，6 名人员行政拘留；[①]等等。除此以外，浙江省内跨行政区的环境联合执法活动也取得了一定的实效。例如，自 2008 年初起，在杭州、湖州、嘉兴、绍兴四市环境保护部门共同开展和实施联合执法的三年间，共联合互查边界企业 300 余家(次)，并有效处理了跨界河道污染、跨界污泥倾倒等跨界污染事件 10 余起。[②]

（二）环境联合执法存在的法律问题

尽管环境联合执法的实施取得了良好的成效，但同时也存在若干亟待研究和解决的法律问题。具体如下：

一是环境联合执法的法律依据问题。从我国环境保护的立法来看，较早对联合执法作出规定的法律是 1999 年修订的《海洋环境保护法》，该法第 19 条第 1 款规定：“依照本法规定行使海洋环境监督管理权的部门可以在海上实行联合执法，在巡航监视中发现海上污染事故或者违反本法规定的行为时，应当予以制止并调查取证，必要时有权采取有效措施，防止污染事态的扩大，并报告有关主管部门处理。”近年来，在国内环境问题的“倒逼”之下，部分法律法规也在修订后增加了联合执法的规定。例如，2015 年修订的《大气污染防治法》第 92 条规定：“国务院环境保护主管部门和国家大气污染防治重点区域内有关省、自治区、直辖市人民政府可以组织有关部门开展联合执法、跨区域执法、交叉执法。”又如，2015 年修订的《广东省环境保护条例》第 7 条第 2 款规定：“实施联合防治的人民政府应当协商建立环境信息共享机制，制定共同实施的环境保护计划，共同处理重大环境问题，开展联合执法、预警应急工作；协商不成的，由共同的上一级人民政府协调解决。”然而，现行《环境保护法》仅规定“国家建立跨行政区域的重点区域、流域环境污染和生态破坏联合防治协调机制”。这一规定中的“联合防治协调机制”显然不能等同于“联合执法”，因而从严格意义上讲，环境联合执法仍缺乏环境保护基本法上的依据。而且，由于现行《水法》《水污染防治法》《固体废物污染环境防治法》等环境保护单行法均没有联合执法的相关条款，也使得针对这些特定环境问题所实施的环境联合执法依据不明。此外，从近年修订的法律法规来看，其所增加的相关规定是特别针对跨行政区环境联合执法而制定的，并不能作为行政区内跨部门环境联合执法的直接依据。可见，环境联合执法至今仍面临着法律依据缺失的问题。

二是环境联合执法的主体范围问题。近年来，由司法机关参与其中的环境联合执法愈发常见，而这也似乎已成为了环境联合执法的一种重要趋势。从县一级到市一级的环境联合执法，均存在由地方政府或其部门会同人民法院、人民检察院共同实施的现象。在当前环境污染行为猖獗、环境问题突出的情况下，司法机关和行政机关的联合执法往往能够形成合力，推动它们之间在证据收集和提供、案件移送等环节上的衔接，以提高办理各类环境案件的效

①参见陆晨晖、王平、徐清：《环保公安联动执法显成效》，http://www.cnepaper.com/JRDQ/html/2015-06/23/content_1_7.htm，2015 年 12 月 30 日访问。
② 参见钟兆盈：《跨界污染真就没法管？杭湖嘉绍联合执法快速处理边界污染 10 余起，互查边界企业 300 余家（次）》，http://www.zhb.gov.cn/zhxx/hjyw/201109/t20110929_217863.htm，2015 年 3 月 30 日访问。

率，从而对环境违法和犯罪保持一种高压打击的态势。然而，回归“执法”之本意，司法机关是否属于参与和实施环境联合执法的主体范围，却有待商榷。

三是环境联合执法的模式规范问题。目前，在关于联合执法实施模式的理论研究方面，我国大部分学者只是从功能或效果的角度对其进行探讨，例如根据联合执法中各方主体联系的紧密程度将联合执法分为“松散型”和“紧密型”两种模式，[①]却鲜有学者对这些实施模式的合法性作出具体的阐述。在此背景下，环境联合执法的实施模式亦缺乏相应的规范而呈现出一种“五花八门”的状态。尽管随着环境联合执法实施模式的推陈出新，其效果也得到了进一步的加强。然而，部分环境联合执法实施模式所表现出的“重效果，轻规范”之特点，显然有违于法治对于执法创新之基本要求。例如，全国多个地区为加大对环境犯罪的打击力度，相继设立了专门负责处理环境犯罪案件的“环保警察”，并由其代表公安机关和环保机关实施联合执法。在“环保警察”日渐风行且成效甚佳的情况下，部分地区还设置了由若干“环保警察”组成的“环保治安办公室”。然而，正当环保治安办公室要“大展拳脚”之时，它却由于违反公安机关内部机构编制的规定而被上级叫停。[②]又如，2008 年 6 月，杭州、绍兴两地的边界环境联合执法小组在萧绍边界重点排污企业环保工作会议上，引导萧山区域的 10 家和绍兴县区域的 11 家重点排污企业共同签署了共建、共保共享优美的生态环境不受地界限制的《倡议书》，倡导企业要强化社会责任意识，自愿接受非辖地环保执法人员的监督检查。[③]对此，有学者在指出此举具有创新意义的同时，也认为它“尚存在体制上不顺、法律上不支持的弊端”。[④]

四是环境联合执法的权责分配问题。从实践来看，环境联合执法的权责分配仍不甚清晰。一方面，环境联合执法中各方主体之间因权限不清而造成的无权行政、越权行政等现象仍时有出现。另一方面，环境联合执法中各方主体对于执法责任的承担也常常存在争议，由此而造成相互之间推诿扯皮的现象也并不少见。这是由于环境联合执法在促进各方主体协作与配合的同时，也往往造成了它们在职权上的“大掺和”，从而易于造成它们相互之间责任边界的模糊，进而使得它们一旦面临责任追究就相互“踢皮球”。这既有悖于行政法治中“有权必有责”的基本原则，也不利于环境联合执法的开展和实施。为此，如何在环境联合执法中明确各方主体的权责分配，是环境联合执法继续存在和发展的必要条件。

四、完善环境联合执法的法律规制

①参见邹洋：《简析土地管理联合执法》，《农技服务》2010 年第 6 期，第 811 页。
②参见项磊：《铜陵“环保治安办公室”被叫停 遗憾刚入正轨》，http://news.xinhuanet.com/local/2014-10/30/c_1113040941.htm，2015 年 1 月 4 日访问。
③参见周再纳、吴剑锋、刘雄伟：《跨界环境联合执法的实践与思考》，http://wenku.baidu.com/view/6231ea0f76c66137ee0619c7.html，2015 年 3 月 31 日访问。
④ 钱水苗、潘竞贵：《跨行政区域环境联合执法机制的探索与思考》，载《生态文明与环境法——2009 年全国环境资源法学研讨会（2009.8.3~6 昆明）论文集》，第 1189 页。

针对环境联合执法存在的法律问题，笔者认为，可从以下四个方面来完善对于它的法律规制：

第一，完善环境联合执法的法律法规依据。根据现行法律法规，只有在环境保护单行法或地方性法规规定的范围内，少数环境联合执法才是于法有据的。为此，我国的环境联合执法正处于一种“部分合法”的尴尬境地之中。突破这一困境，最佳途径应当是对现行《环境保护法》作出进一步的修改，对跨部门和跨行政区的环境联合执法作出明确规定，从而完善关于环境联合执法在法律层面的顶层设计。然而，由于现行《环境保护法》正式施行仅一年多的时间，要将其再次列入修订项目难度显然较大。在此情况下，借助于迂回的方法来达到这一目的将会是更为现实的选择。首先，可通过制定现行《环境保护法》的实施细则或实施条例，明确第 10 条中对环境保护工作享有监督管理权的各部门可以实施联合执法，并对第 20 条中“跨行政区域的联合防治协调机制”予以必要的界定，从而使“联合执法”能够被包含其中。其次，则应当结合当前国家的立法计划，在对有关环境保护单行法的修订过程中，增加联合执法的条款，从而使环境联合执法的实施获得环境保护单行法的支持。最后，地方性法规可在自身的权限范围内，对本地区的环境联合执法进行规定，从而与上位法形成配套。

第二，环境联合执法应排除司法机关及其工作人员的参与。根据《宪法》《国务院组织法》《地方政府组织法》的规定，执法职能应专属于行政主体，行政主体以外的其他主体并不享有执法权，所以只有行政机关和法律法规授权的组织才具备联合执法的主体资格。据此，司法机关既不能牵头实施环境联合执法，也不应参与到各类环境联合执法之中，否则将会造成行政权和司法权之间界限的模糊，并导致司法权的行使有悖于“司法中立”和“司法公正”原则。对此，有学者一针见血地指出，司法机关“参与所谓的‘联合执法’实质上是一种越权行为”[①]，“应当避免行政机关与司法机关之间的联合执法”[②]。而最高人民法院早于 2004 年即发布了《最高人民法院关于进一步加强行政审判工作的通知》，规定人民法院“务必时刻注意维护行政审判的中立性和独立性，遇有当地要求与有关部门‘合署办公’、‘联合执法’等现象，要积极向有关方面做好说服工作”。[③]原最高人民法院副院长曹建明也曾在 2007 年召开的第五次全国行政审判工作会议上，明确要求人民法院“不得参加行政机关组织的具体执法活动”。[④]人民检察院作为我国的法律监督机关，在性质上亦属于司法机关，因而也不具备参与和实施环境联合执法的主体资格。因此，对于环境保护部门配合人民法院开展执行、人民检察院参与政府部门组织的检查监督等现象，必须予以杜绝；对于行政机关和司法机关之间在法律范围内进行的信息共享、证据收集等行为，则不应将其纳入“联合执法”的范畴，

① 参见金国坤：《行政权限冲突解决机制研究——部门协调的法制化路径探寻》，北京大学出版社 2010 年版，第 76 页。
②参见吴鹏：《“联合执法”应纳入法治的轨道》，《云南大学学报（法学版）》2005 年第 6 期，第 19-20 页。
③参见最高人民法院发布：《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》，法发〔2007〕33 号。
④ 参见田雨、贾楠：《最高法院要求保持司法中立不得参加具体执法活动》，http://news.xinhuanet.com/legal/2007-03/29/content_5914072.htm，2015 年 3 月 31 日访问。

成混淆和误解。

三，加强对于环境联合执法实施模式的规范。现阶段，任何环境联合执法实施模式的创新，都应当在法治的框架内进行，而不得与现行立法相冲突。具体表现为：第一，环境联合执法实施模式的创新应当遵循现行法律、法规和规章关于行政编制的规定。原因在于，随着环境联合执法日益向“紧密型”方向发展，不少地区都尝试创设一定的机构来推动环境联合执法的落实，这必然涉及行政组织设置及其人员编制的有关问题。因此，在关注这些新型机构运行效果的同时，也必须对其进行合法性的审查。第二，环境联合执法实施模式的创新需要借助于相关行政制度对其作进一步的规范。例如，对于当前跨行政区的“交叉式”环境联合执法，除2015年修订的《大气污染防治法》简单提及以外，并无其他法律法规对它作出较为详细的规定。在此情况下，实施“交叉式”环境联合执法的双方可借助于行政委托制度，对“交叉式”环境联合执法的启动条件、事项范围、实施程序等进行规定，从而使这种“交叉式”环境联合执法的实施受到更为细致、全面的调整。

第四，明确环境联合执法中各方主体的权责分配。从环境联合执法的性质来看，联合执法中各方主体的职能及权限仍应以现行法律的规定为限，而不会发生职权交叉或重合的现象。这是由于环境联合执法中的“联合”并非指各方主体之间职权的“混合”，而是要通过一种“联合行动、分别处理”的方式，来克服因职权分配、客观时空差异等造成的执法障碍，从而加强各方主体在环境执法工作中的衔接，所以一般不会引起它们在职权上的增减变化。据此，环境联合执法的开展和实施，并不意味着在某一地方政府或部门对特定案件具有管辖权的情况下，其他地方政府或部门因参与环境联合执法也获得了此项管辖权。如果参与环境联合执法的若干主体借“联合”之名义行使了其中专属于某一主体的职权，则会导致“一个有权，一伙越权”[①]之后果。同时，鉴于这种“有权行政”和“无权行政”的情况，也应当对环境联合执法中的责任承担予以相应的分配。大致来说，当某一主体依其职权作出行为时，它应当对其行为后果承担责任；当某一主体在缺乏相应职权且不存在任何委托的情况下作出行为时，它应当承担越权行政或无权行政的责任；当某一主体因接受委托而作出行为时，其行为后果应当由委托主体予以承担。但值得注意的是，以上责任分配的规则是针对环境联合执法的内部关系而言的。当环境联合执法侵犯了外部相对人的合法权益时，则应当由参与环境联合执法的各方主体对此承担连带责任后，再由它们就相互之间的责任分配予以明确。

① 吴鹏、范学臣：《“联合执法”的问题及完善路径》，《中国行政管理》2006年第5期，第25页。

论区域行政执法合作*

——以珠三角地区执法合作为例

杨桦**

摘　要：区域行政执法合作是区域法治建设中的一个重要环节，是促进区域经济协调发展的内在要求，是维护区域行政执法的公正与效率的有效举措。针对区域执法合作中存在的问题，应强化执法合作的观念，健全执法合作的机制，发挥“软法”在执法合作中的作用，完善执法合作的“硬法”规制，建立执法合作的协调管理机构等，以推动区域执法合作取得良好的效果，提升区域法治建设的水平，进而推进法治的进程。

关键词：区域经济一体化；区域行政执法；合作；法治

区域经济一体化的兴起给行政执法带来了挑战，也提出了新的任务和要求，区域行政执法合作随之产生并成为区域一体化法治进程中的重要研究课题。所谓区域行政执法合作，是指在区域经济一体化的背景下，区域内的各行政主体在进行跨区域行政执法过程中所进行的信息沟通、执法协助、联合执法等活动，以及对各执法主体的法律地位、职责权限、执法标准与程序、协作形式以及监督机制等予以规范的总称。通过区域行政执法合作，推动体制机制创新，破除地方保护、条块分割、恶性竞争的弊端，协调好各种利益关系，创造公平、开放的市场环境，形成统一、高效、规范、有序的次级区域大市场，促进生产要素的合理流动和优化组合，应对发展的外来压力，激活发展的内生动力，实现区域经济社会全面、协调、可持续发展的目标。

一、区域行政执法合作的必要性分析

近年来，国内区域经济一体化的步伐明显加快，而区域经济持续协调发展，必须以科学合理的区域立法协调和执法合作为保障，且有效的区域执法合作能够整合执法资源，遏制区域内的地方本位和部门保护主义，形成执法的合力，促进执法程序与标准的统一，从而减少内耗、提高效率，进而巩固区域经济一体化的成果。

（一）区域执法合作是区域经济一体化的必然要求

区域经济一体化要求突破各地区市场的局限性，促进生产要素自由流动，形成次级区域大市场，并通过它优化资源配置，实现优势互补、互利共赢，以实现区域内各地经济的协调发展，为建立全国统一的大市场奠定基础。区域经济一体化实质上是将各地区原本独立的

*本文发表在《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第4期。
**作者简介：杨桦，法学博士，广东外语外贸大学教授。

市场有机地联合起来而形成一个关系紧密的大市场，要使得这些本属于不同行政区划的市场协调一致、高效运行，就必须保持区域行政执法的协调性和统一性，因而区域行政执法合作在区域经济一体化中占有重要地位，成为保障区域经济一体化稳定发展之必需。具体来说，区域执法合作对区域经济一体化的作用主要包括以下两个方面：一是构建统一的市场规则，减少区域合作的内部冲突。区域行政执法合作使各地区共同致力于维护市场的统一性，制定共同遵守的市场规则并依照其开展各项执法工作。而且，统一的执法标准能使合作区域内的相关行政执法一视同仁，有效地减少合作各方因执法行为而导致的摩擦和冲突，保障合作区域内的和谐稳定。二是维护良好的市场秩序，保障市场机制的正常运转。通过区域行政执法合作，维护好市场经济的平等互利性、公平竞争性，使其保持生机和活力，最大限度地激发市场主体的积极性和创造性，达到区域经济一体化发展的最佳效果。

（二）区域执法合作是遏制地方和部门保护主义的重要手段

地方保护主义是区域经济一体化过程中遇到的一大障碍，其主要原因在于：在我国现有体制下，全国划分为不同层级的行政区划，地方政府对地方经济享有管理权。而且在原有的计划经济体制和地方官员过度追求政绩的影响下，地方政府仍然会强力干涉地方经济，保护本地产业在其市场中的占有额，以提高本地企业的竞争力，突出本地企业的优势地位，甚至于排斥外来商品进入本地市场，从而导致区域性行政垄断。根据《重返经济舞台中心——长三角经济区融合转型研究》的调查报告显示：为了追求地方政府自身经济利益的最大化，地方政府经常对经济进行不合理的干预，行政区划成了阻隔经济一体化进程的一堵“看不见”的墙，行政边界构成了阻碍我国区域经济一体化的壁垒，也成为阻碍我国城市经济区形成与快速发展的巨大障碍。而且，在区域经济一体化的进程中，由于我国区域经济发展的差距不断扩大，区域之间的利益摩擦随之激化，各级地方政府为了追求和保护本地区利益，往往限制外地产品的进入，严重阻碍了市场因素的自由流通。可见，地方保护主义严重阻碍了区域经济一体化的进程，且绝大多数的地方保护策略是通过行政执法来加以实施的，因此对地方保护主义的有效控制需要从各地的行政执法入手，而通过区域行政执法合作，为合作各方的协商沟通建立良好的平台，以消除区域间的行政壁垒，维护市场的统一性，促进区域经济的协调发展。

部门保护主义是阻碍区域经济一体化进程的另一障碍。执法中的部门保护主义，是指在执法活动中，一些部门行政执法机关及其执法人员违背法律，不顾大局，以种种不正当方式保护本部门非法利益的行为，或对本部门的合法权益采取违法行为来加以保护的行为。“由于权力分散化，特别是在现行中国体制下，部门之间往往因为权力分配不均衡而产生争权现象并不鲜见。”[①]区域合作实践中，执法机关将执法行为与其所在部门的经济利益挂钩，对有利可图的执法任务争先恐后地采取行动，而对无利益关系的案件则相互“礼让”，从而使区

①谭华霖．究本与溯源：知识产权权利冲突原因考[J]．暨南学报（哲学社会科学版），2011，(03)，第66页。

域合作中出现了多头执法、重复执法的“密集地带”和相互推诿、无人管理的“空白地带”。在区域经济一体化中，执法权的冲突需要区域行政执法合作进行缓解，特别是对一些多部门都有管辖权的事项，更是要通过多方的协调，理清执法主体间的关系，明确各自的权责，以避免执法权的冲突和执法行为的混乱无序。

（三）区域执法合作是形成执法合力，治理跨区域公共事务的有效举措

在传统的农业社会甚至工业社会条件下，社会的公共问题相对单一，公共事务比较简单，因而民族国家或国家内部的一个地方政府，能够较为得心应手地去解决和处理内部公共问题，生产和供给相应的公共产品与公共服务，而无需寻求外部支援和相互合作。但是，二战以来，特别是进入21世纪后，人类社会逐步步入知识经济时代，经济全球化和区域经济一体化的潮流接踵而至。在这种全新的政治行政生态格局下，纷繁芜杂的动因交织在一起，使民族国家或地区诸多的传统“内部”社会公共问题与公共事务，变得越来越“外部化”和“无界化”，跨国或跨行政区划的“区域公共问题”大量兴起，并有复杂化、多元化和规模化之态势。因此，在一国领域内，以往由一个地方政府进行的单边公共行政已经力不从心，无法应对大量的“区域公共问题”，而由双边或多边的区域政府追求合作行政或联合执法便提上议事日程。简言之，区域经济发展过程中的区域政府合作与执法合作问题日益凸显。比如，跨行政区划的环境保护问题、人口和资源问题、基础设施建设问题、区际法律冲突问题、地区稳定问题、流行病的防治问题、区域发展问题等等，已经远远超出单边行政的能力范围，必须依赖多个区域政府或其它非政府组织的联合治理。[①]开展区域行政执法合作有助于推动区域内各行政执法机关之间的执法沟通、协调和联动，强化监督检查，形成执法合力，有效治理跨地域公共事务。

（四）区域执法合作是统一执法程序和标准，提高执法效率和质量的主要途径

1．区域执法合作有利于统一执法程序，切实保障相对人的合法权益和减少行政内耗。统一的执法程序一方面能有效地规范和控制区域合作中公权力的行使，保障市场机制的正常运转和保护行政相对人的合法权益；另一方面，执法程序的统一对于区域内的各行政执法机关而言，减少了其内部各方因程序差异而产生的冲突，降低了行政系统的内耗，使行政执法人员能把精力集中到各项执法事务中去，而不是消耗在其内部复杂的利益冲突之中。就目前的情况而言，如何构建起一套区域行政执法的程序正处于探索阶段，而区域行政执法合作能促进各执法主体积极地沟通与协调，并为制定科学、规范的执法程序提供更多实践样本。尤其是在行政许可、行政处罚、行政强制和行政救济等领域，如何科学地设置公开程序、听证程序以及救济程序等，除了需要理论依据以外，还需要实践的经验。区域行政执法程序的统一是实现区域经济一体化发展必须解决的问题，而区域行政执法合作的反复实践和磨合，是解决该问题的重要途径。

①陈瑞莲．论区域公共管理研究的缘起与发展［J］．政治学研究，2003，(04)。

2．区域执法合作能推动执法标准的统一，促使区域内各行政主体执法目标达成一致。在区域经济一体化进程中，执法标准的确定是区域行政执法的前提之一，也是影响区域合作是否能取得预期效果的重要环节。区域内的各方由于受到各自社会状况、经济发展以及执法环境等因素的影响，在执法标准上可能存在一定的差异。为了推进区域经济一体化向纵深方向发展，使合作各方的执法标准相一致是必要的。比如，在行政许可、行政处罚和行政强制等方面，一致的执法标准能使区域合作的平等性得以体现，更有利于促进资源的合理配置、商品的自由流动以及确保良性竞争、公平交易等。一致的标准还能有效地遏制地方利益化和部门利益化的行为，促使各方形成一致的执法目标，共同致力于区域经济一体化的长远发展。而就区域经济一体化的现状而言，执法标准的差异主要是受制于各地经济发展水平的不平衡，因此，执法标准一致并不能机械地理解成为各种量化的、精确的一致，应当根据各地的实际情况保有合理的弹性空间。而且，达到执法标准的一致不可能是一蹴而就的，而是一个以经济的发展和平衡为基础的过程。在此过程中，区域执法合作能够将以上构想付诸于实践，并对其在区域一体化的不同阶段给予调整，从而在操作上形成一套切实可行的执法标准，进而促成一致的执法目标。

3．区域执法合作对于提高执法效率和质量起着积极的作用。区域执法合作是与区域经济一体化相匹配的执法模式，它既能有效地整合资源、形成执法的合力，又能优化行政执法系统的内部结构，而且还能增强信息传递的速度和执法协作的紧密程度，提高行政执法的效率，从而能在广度和强度两个方面较好地回应区域经济一体化所带来的执法压力和挑战。鉴于区域一体化市场的广度和经济开发的深度进一步扩展，并随着合作形式的发展会引发更多的新情况和新问题，较之以往各行政区划的执法工作而言，区域执法更具复杂性和挑战性。区域执法合作是区域经济一体化在法治层面的体现，区域内行政执法机关的通力合作有利于增强执法的效果，保障区域行政执法的质量。

二、 区域行政执法合作的现状与问题

伴随着区域经济一体化进程的推进，区域行政执法合作迈开了步伐，取得了进展。就珠三角地区而言，自 2008 年底《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》出台以来，珠三角九市为贯彻落实《纲要》，积极探索区域行政执法合作的方法和途径，开展执法合作的实践，如在文化市场执法合作领域，2010 年由广东省文化市场综合执法局颁布了《关于加强珠三角地区文化市场行政执法协作工作的意见》和《珠三角地区文化市场行政执法协作工作两年规划》，并建立珠三角区域文化执法协作机制。2011 年在深圳世界大运会期间，深圳、东莞、惠州三市的文化执法部门签署了《深莞惠“迎大运、保平安”文化执法工作合作协议》，以建立深莞惠“三市一体”的文化市场执法合作机制，在三市间共享信息、交流执法状况等，

确保大运会期间文化执法的顺利开展。再如，在环保执法合作领域，《广州市佛山市同城化建设环境保护合作协议》的出台，为两市的环保执法合作拉开了序幕。《协议》中规定以“资源共享，合作共赢”和“联防联治，信息互通”为合作原则，通过成立两市环境保护合作领导小组和设立两市环境保护合作专责小组，全面开展联合防治水污染、联合防治空气污染、统筹固废处置资源和信息与资源共享等工作，并强调“加强两市跨界污染项目审批的沟通合作，统一审批尺度，共同研究跨界流域和区域的限批、禁批和企业搬迁等办法”。而且在两市政府间建立联席会议制度、联合调查机制、信息互通制度、重大项目联审制度以及两市河流、大气环境监测合作机制，以保障执法合作的顺利进行，同时还探索建立上下游生态补偿机制，研究上下游地区生态补偿的责任、权利和义务，为进一步完善合作机制做准备。尽管区域行政执法合作取得了一定的成果，但仍存在很多不足，主要表现在以下几个方面：

1．开展执法合作的意识淡薄。长期以来，我国都以行政区划作为基本单位来划分管辖区域，除上下级政府之间来往较为密切以外，无隶属关系的各地政府之间各自为政，鲜有合作。这种传统的管理模式影响至今，即使当今区域经济一体化已成潮流，但各地政府间的交往多只流于形式，通力合作的观念仍未深入人心，行政执法机关及其工作人员的合作意识淡薄。珠海市人大代表李健康在谈及《珠三角地区改革发展规划纲要》讲道：“广东过往最大缺陷就是各自为政”，他从实践出发阐明这一观点：“从珠海、中山、江门、澳门珠江西岸四个城市的联动来说，都是以自我为中心自我发展、产业结构雷同，互补性不强。比如说，随着经济的发展，不管是澳门还是珠海、江门和中山，都碰到一个现实的问题，就是在发展经济当中怎么样解决城市最需要考虑的水资源问题。工业日益发展，城镇化不断纵深推进，不少城市都是处在河的下游，工业化污染严重，每个城市深受其害。如果几个城市不高度重视，再怎么强调环境保护也会出现新的问题”。[①]可见，在区域经济一体化进程中，各自为政的观念成为了开展执法合作的首要障碍，而且这种观念极大的淡化了合作的意识，阻碍了区域经济一体化的进程。

2．执法合作的发展程度不均衡。从珠三角地区现有的情况来看，执法合作的发展呈现出两个特点：一是不同地区的发展不平衡。珠三角地区九个城市之间的执法合作并没有广泛深入开展，特别是在一些关键的执法领域，如环境保护、市场监管等，取得实质性进展的只有广佛两市的合作以及“深惠莞”三市内部的合作，而未能推广到整个珠三角地区。有些问题只有局部合作是难以解决的，比如治理珠江的污染问题，像这种跨区域河流的污染问题只依靠个别城市政府的执法是无法解决的。而且珠江是珠三角地区的母亲河，珠三角地区共享河流资源，也应当共同治理河流污染。二是不同执法领域的发展不平衡。从珠三角地区执法合作的现状看来，开展执法合作主要集中在文化市场执法、环境保护执法、市场监管执法和应急管理等方面，而在其他执法领域仍鲜有合作。执法合作先从重要的执法领域突破是正确

①李健康．广东过往最大缺陷：各自为政[J]．http://epaper.oeeee.com/F/html/2009-03/31/content_745015.htm，2011/9/18。

的，但应当以点带面、适时推动其他一些领域的执法合作，使执法合作的覆盖面更为广阔。

3．执法合作受制于地方保护主义。在现有的行政分权结构中，地方政府在其管辖的区划拥有相对独立的管理权。就一省而言，各个市政府虽然都受到省政府的统一领导，但其管理权的行使是相对独立的，尤其是对当地经济规划和市场监管拥有较大的裁量权。而且，在现有的政绩评定模式下，地方政府作为地方利益的代表主体，都希望获得本地区利益的最大化，甚至设定种种行政壁垒，利用行政权力人为割断区域经济的内在联系造成市场分割。对于跨区域的公共问题，如区域河流、湖泊等水资源的污染问题，由于地方政府在执法态度、执法标准、执法力度等方面的差异，即使只有个别地方政府消极执法，也将会影响整个流域的污染治理。“每个区域分别追求利益最大化的结果却是两不得利（甚至两败俱伤），本位理性可以导致整体非理性”。[①]因此，从地方利益出发设置的一些行政壁垒或者消极对待的做法，不但阻碍了市场对资源的有效配置，而且这些不同的标准对执法合作而言，也是一道难以逾越的屏障，使执法合作极大地受到了地方保护主义的限制。

4．执法合作难以形成统一体系。就珠三角行政执法合作的现状而言，还难以形成一个统一、有序运作的体系。一是由于各地的执法合作发展程度不一致，步调难以统一。二是各地的经济发展状况、社会环境和人文环境还存在较大差别，导致了各地在某些执法领域的执法标准不一致，给执法合作带来了障碍。三是行政执法体制的内在矛盾也极大地阻碍了执法合作的统一性。我国目前的行政执法体制呈现纵向上集权、横向上分散的特点。在横向职权划分上，行政执法机构过多，往往是立一部法就多一个执法部门，导致了行政执法权的分散化；在纵向职权划分上，诸多行政法律规范对行政执法权行使级别未作明确规定，造成同一系统的多级行政机关对同一事项享有执法权，执法机构权限不清，即使在同一地区，行政执法权的冲突与矛盾也难以协调。[②]上述问题导致了现阶段珠三角地区的执法合作只能局部开展，难以形成纵、横向有机统一的合作体系。

5．执法合作缺乏统一的法律规制。缺乏统一的法律规制是现阶段区域执法合作全面开展的根本制约因素。执法的前提是立法，依法行政必须有法可依，而相应地，执法合作也必须依法而行，不能脱离法律法规的规制。但是，由于区域执法合作是伴随着区域经济一体化而出现的新生事物，在法律规制方面还有待明确，因此现阶段的各种行政执法合作主要以各方签订的行政协议作为行为的依据和参考。但行政协议从本质上讲只是政府间签订的对等的行政契约，不以国家强制力保证实施，主要依靠双方政府的诚信和自律来保证其效力。在执法合作的程序、标准方面也依赖于协议双方的协商，具有很大的弹性空间，且在责任承担方面缺乏强制力，容易引起协议双方的争议，也不利于保护行政相对人的合法权益，这在一定程度上限制和削弱了区域行政执法合作优势的充分发挥。

①浦兴祖．当代中国政治制度［M］．上海：复旦大学出版社，1999，第40页。
②钟发斌．论我国区域行政执法合作机制的构建［J］．行政论坛，2006，(03)。

三、完善区域行政执法合作的对策思考

（一）强化执法合作的观念和意识

观念是行动的先导。鉴于当前部分地区及部门合作意识淡薄的问题，应当建立并强化区域合作执法的理念，促使各级行政机关能够从区域整体利益出发，以发展的眼光和站在全局的高度来理解开展区域行政执法合作的必要性和重要性。合作才能共赢，分割与内耗则必共损。各行政机关必须把本辖区的执法工作和整个区域的执法活动有机地联系起来，积极探索区域执法合作的新途径和新形式，一方面积极协助、配合其他地区和部门的行政机关进行执法，另一方面也通过执法合作使自身的工作得到改进和获得更多的支持，并搞好跨区域的行政执法工作，使区域执法合作在纵横向上得到全面发展。

（二）巩固执法合作的现有机制

现有的执法合作机制主要包括信息通报机制、联席会议机制、案件移送制度、联络员制度、执法协助制度、联合执法制度等。其中信息通报机制作为执法合作的前提，必须保证信息交流的通畅，否则，区域内的各方若信息不对称，合作便难以有效开展。信息通报机制一般包括信息交流和信息公开两种形式。前者是合作各方相互交流执法信息，并一同协商、研究，以解决某个具体问题；后者则多表现为有关部门应当向其他参与合作的各方主动公开自身的与执法相关的信息，比如执法程序、执法标准和注意事项等。在现阶段，对于信息传递的及时性、信息内容的准确性及相关的责任承担方面还有待于进一步的明确和完善，以充分发挥信息通报机制的功能。联席会议机制，是当前在开展执法合作中一个行之有效的磋商平台，通过建立联席会议机制，由各地的行政首长或行政执法机关的主要负责人对区域执法中的一些重大问题进行沟通、磋商。经协商一致，联席会议可就有关执法事项达成行政协议，以明确各自的职责权限，做到相互配合，形成区际间的执法协作机制，保障行政执法的正常高效运转。现阶段的联席会议机制仍有欠缺，在会议层次、讨论内容等方面有待于完善，且应当增强该机制的规范性，固定会议召开的时间和次数，降低该机制的随意性。案件移送制度包括在不同地区的同类部门之间移送和同一地区的不同部门之间移送两种情形。在区域执法合作中，常见的是前一种情形，如在珠三角地区，根据《广佛质监行政执法领域同城化合作协议》的要求，相关的案件可以在两市的质监部门间进行移送。跨地区的案件移送制度是区域行政执法合作机制的重要组成部分，是具有很强适用性的一项制度，但总体上看，许多协议中只是规定了该制度，但未对案件移送的具体操作程序、步骤和适用范围等作出规定，还有待于进一步的细化。联络员制度则是在现阶段执法合作中加强执法联系、及时反馈信息和增进各方沟通的方式之一，是信息通报机制的有效补充。囿于行政权的区域性配置，跨区域的行政执法任务需要借助行政协助来完成。如果行政协助有法律的明文规定，则依法律的规定进行；如果没有法律的明文规定，行政机关单独不能完成行政任务而需要其他行政机关

协助的，则需要通过签订协助协议的方式进行。区域行政执法合作应建立健全行政协助制度，对行政协助启动、提请协助的行政机关职责、提供协助行政机关职责、行政协助义务等问题作出规定。实施区域联合执法有助于打破地区之间、部门之间的隔阂，将不同区域、不同职能的执法力量集中，形成执法合力，以有效解决当前行政执法中存在的执法任务繁重和违法问题复杂所带来的矛盾。但当前区域联合执法存在合法性问题、效率与公正问题、责任追究和权利救济问题等，应从建立健全联合执法的依据、明确联合执法主体的权责、规范联合执法的程序、加强联合执法监督与责任追究、畅通行政相对人的权利救济途径等方面完善区域联合执法制度。总之，应当巩固现有的执法合作机制，根据实践的需要不断地细化相关机制的程序与规则，使其不断得到完善，充分发挥其效用。

（三）发挥“软法”在执法合作中的作用

一般认为，“软法（soft law）”的概念起源于西方国际法学，它是指那些效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范。在学术著述中，软法有多种表述形式，诸如“自我规制”、“志愿规制”、“合作规制”、“准规制”等。尽管作为概念的软法在国内公法学著述中鲜有提及，但作为现象的软法却在国内公法中早已存在、普遍存在。[①]“软法”的形式不拘一格，较常见的有建议、协议、意见书、决议、行动纲领、行为守则、指南、通讯、标准、备忘录、宣言、框架、礼仪和倡议书等等，它的制定主体比较多元，可以是国家机关，可以是社会子系统，还可以是全球社会的特定系统。“软法”本身没有国家法的拘束力，其实施不依赖国家强制权。[②]由此可见，现阶段区域行政执法合作中的各种行政协议，在属性上就是一种“软法”，它对签订协议的各方主体既具有规范性和适用性，但却没有法律的强制性，在实行的过程中富有弹性。在区域执法合作中，必须发挥软法的作用，主要原因在于：首先，区域执法合作作为公共治理的新形式，仍欠缺“硬法”的规制。若没有适当的规则加以调整，执法合作则无从开展，因此其急需一种易于建立的调整规则。而“软法”在形式和设立主体上较为广泛，正好契合了这一要求。其次，区域执法合作是行政主体间一种自愿参与、民主协商和平等互助的执法方式，与“软法”内在的民主性、平等性和参与性是一致的。再者，“软法”的施行能为区域行政执法合作降低立法成本，创新执法方式，提高合作效能，提供执法合作所必须的开放性、灵活性与回应性。最后，“软法”本身所具备的约束力在一定程度上能督促参与执法合作的各行政主体自觉履行其义务，并为其不当行为承担相应的责任。

（四）完善执法合作的“硬法”规制

尽管我们强调要充分发挥“软法”在执法合作中的作用，但也应当看到它的局限性，故还应发挥“硬法（hard law）”的规制作用，建立软法与硬法优势互补的混合法规制体系。完善对区域执法合作的硬法规制，应通过加强立法来实现，以将行政主体之间的执法合作关

①罗豪才，宋功德．认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践［J］．中国法学，2006，(02)。
②翟小波．“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景［J］，法律科学，2007，(02)。

系固定化、规范化、系统化。对于立法规制的范围，笔者认为，起码要涉及以下方面：第一，执法合作的基本原则。这既是指导执法合作的准则，也是考量个别执法行为合法、合理与否的标准，具有统领全局的意义，应通过立法予以规定。第二，执法合作的基本程序和标准。执法程序和标准是执法合作中最具操作意义的环节，“软法”难以对这两者作出细致严格的规定，应当通过“硬法”来明确。否则，程序和标准的差异太大则会导致执法合作缺乏现实性。第三，执法合作各方的职责。执法合作是由多个相互独立的行政主体根据协议而共同进行执法活动，因此各主体间在执法过程中的权限如何、对内对外如何承担责任等问题，应在立法中予以规定。一来是为了减少执法过程中的各种越权行为，二来则为确认各主体所应担当的责任，防止它们之间相互扯皮推诿，而致使行政相对人投诉无门。第四，执法合作的监督和救济。权力必须在监督下运行和有权利即有救济，是不言而喻的。在现阶段以“软法”调整为主的情况下，执法合作中的权力监督和相对人的权利救济均处于较为模糊的状态。而权力监督与权利救济并不是可有可无的，恰恰相反，它们是公权与私权得以平衡的一道防线。一旦缺少了这道防线，执法合作同样会构成侵犯相对人合法利益的巨大威胁，它不仅难以产生提高执法效能的作用，反而强化了执法主体的力量却减少了对它的制约，这是极不合理的。所以，应当通过立法明确执法合作的监督与救济的相关事项。

（五）建立执法合作的协调管理机构

建立执法合作的协调管理机构，有助于对执法合作进行统一的指导、协调和监督，避免区域执法和区域经济发展陷入“囚徒困境”。以珠三角为例，珠三角行政执法合作的一大优势在于珠三角的九市同属一省，在各种机制上易于统一，但如何发挥这一优势则有待深入研究。笔者认为，从长远来看，应当建立省一级的协调管理机构，其主要理由有二：一是在省一级建立统一的组织机构作为实施执法合作的载体，已被某些部门的实践证明是切实可行的。比如，在执法合作广泛开展的文化市场执法领域，即是在省文化市场管理工作领导小组办公室下设立珠三角地区文化市场行政执法协作办公室作为专门机构，负责珠三角地区文化市场行政执法指导、协调、监督执法协作工作。这种由上级机构统一指导和协调的方式有利于在整个珠三角范围内，树立合作理念，减少执法冲突，降低行政内耗，增强珠三角地区执法合作的统一性。二是建立统一的协调管理机构有利于消除地方和部门保护主义给执法合作所带来的障碍。地方保护主义和部门保护主义的本质原因在于各地政府或某些行政机关为保有本地区或本部门的利益而牺牲全局利益，甚至不惜利用各种违法手段达到其目的。建立统一的协调管理机构有助于从体制上解决这一顽疾。原因是对于某些地区或部门的明显违法行为，该机构能以命令的方式直接对其予以取缔和制裁，用这种强制性的手段来破除地方或部门保护主义的障碍，较之以往的磋商、建议等方式要更为直截了当，且效率更高。

行政执法与刑事司法衔接机制的模式选择与必要机制构建*

钟碧莹 何国强**

摘　要:行政执法与刑事司法衔接机制的缺失或运行不力将使个案处理过程中存在行政执法职权失当或刑事司法职权缺漏的情形,不利于违法行为和犯罪行为的危险预防与危害处置,长期如此亦将破坏行政职权和刑事司法职权的合法性,架空法律的权威,或者使两种职权运行之间出现冲突、矛盾,使现有完整的行政法律体系和刑事司法体系规范混乱化,损害我国法律体系的统一性。解决两种职权的衔接问题应当首先根据我国行政和司法职权的配置情况选择合适的模式。经过分析,宜首先以司法主导型模式为核心;其次,有步骤地搭配相关机制进行系统性和根本性的解决,有其应以备案通报机制、公众参与机制和移送受理监督机制为必要先导,逐步建构完整、有效的两种职权衔接保障机制。

关键词:行政执法;刑事司法;衔接;模式;机制

行政执法与刑事司法衔接是指将行政执法过程中发现的涉嫌犯罪的案件和线索移交给刑事司法主体,或者刑事司法主体在刑事司法过程中发现的行政违法案件和线索移交给行政执法主体的双向协作机制。这两种职权的衔接问题由来已久,虽然当前我国刑事法律和行政法律体系已经健全、完备,但两种职权运行体系在实体和程序相关问题的连带部分却存在一定的缺漏,使两套系统在职权交叠和业务交汇的个案处理中存在职权配合不当、移转不畅等问题,影响执法工作对法律规范体系的落实,降低执法效能的发挥和效率性,甚至可能因执法不当、疏漏而损害行政执法或刑事司法的合法性,从更大和长远的危害性上来说,影响执法公信力。

一、行政执法与刑事司法衔接问题的性质界定

解决职权衔接问题,首先应当对该问题的性质和症结进行明确。党的十八届四中全会对两种职权的衔接问题作出了以下要求:“健全行政执法和刑事司法衔接机制,完善案件移送标准和程序,建立行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享、案情通报、案件移送制度,坚决克服有案不移、有案难移、以罚代刑现象,实现行政处罚和刑事处罚无缝对接。”[①]应该说,两种职权衔接机制的建立是实现法律权威和提高国家治理能力的重要举措,其实质则是要求执法主体和司法主体在违法与犯罪行为治理权能比例化分配基础之上,实现尊重和保障公民基本权利、维护社会秩序的合法化目标;两种职能机制应能及时发现、有效处理违法行为、预防犯罪行为发生,并在犯罪行为已经发生时有效进行犯罪追缉,平复社会秩序受损状态,消除进一步可能存在的秩序风险。该机制的设置目的在于通过行政和刑事司法权能各司其职、协作分工、有效配合的机制,进一步震慑犯罪和预防风险,提升执法能力,在此基础之上确立、保护和强化整个社会的法治国家意识,实现我国的法治国目标。

(一)职权衔接问题的性质

行政执法与刑事司法衔接实则是一个既包含了实体问题也包含了程序问题的综合机制,但归根到底是一项职权配置问题,而非仅仅是程序问题。该机制中有关行政权主体与刑事司法权主体在案件处理中的业务划分,其核心乃是基于案件线索和证据等问题的获取、分配和运用,是一个双向的联动机制。但两种机制的运行目的、目标和程序、机理有所不同,双方之间均具有完成各自职能任务的行为理性和目标理性。为使两者之间都能够在各自职权范围内依法执法,充分执法而不产生互相冲突、矛盾和配合适当的问题,甚至还应具备互相协助功能,两种职权主体的职权与程序衔接问题便尤其重要。实践中,虽然两种职权的衔接是一个双向运行的程序步骤,但由于司法权对行政权的职能审查属性,因此两种职权的衔接制度最重要的一个机制方向是司法权对行政权的监督过程,在具体执法领域出现的问题也多表现在行政职权向刑事司法职权领域移转的过程之中。

(二)衔接问题可能产生的原因

在两种职权衔接过程中若出现问题,大体由于以下几个原因,第一,现有法律规范体系虽然完备,但在具体落实为执法实践的最上层环节和最后一个环节,即衔接模式的确立和最具有操作性的规则层面存在缺漏[①];两种职权体系之间的联动程序缺失、脱节,移送标准不清。第二,行政主体分支广泛、业务广泛、职能不同,它们在与刑事司法主体职权配合的问题上,在规范与经验的结合上,尚缺少从经验到规范过渡的抽象、归纳和积累,毕竟每个行政职权分支因为其具体业务的不同、管辖对象特性的不同,而在执法上具有不同的要求、程序和目标。第三,两种职权运行过程中的目标性差异和职能理性差异客观存在,二者具有相对独立的业务属性和职能目标,这也是两套法律规范体系产生错位和漏洞的根本性原则,此种理性差异同样体现在了执法和司法的层面。第四,刑事法律体系与行政法律体系对犯罪和违法行为在程度的把握和认定中存在差异,两个系统还未在实体问题确定方面达成全面的一致。从刑法的角度来看,刑法对“罪”与“违法”的界限区分尚有不明之处,从行政法律的角度来看,许多行政处罚与刑事犯罪存在程度差异,但差异的界限并未通过行政法律或刑事法律予以明确。比如环保法领域,《中华人民共和国环境保护法》的法律责任部分过度依赖

---

* 本文为初稿,仅供会议交流。
项目基金:公安部公安理论及软科学计划项目 2014LLYJGDST037 研究成果
** 钟碧莹,女,(1984-),法学博士,广东警官学院法律系讲师;何国强,男,(1981-),副教授,法学博士,广东警官学院法学研究所所长,广东公安廉政建设研究中心研究员。
① 党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014 年 10 月 23 日。

① 吴云、方海明:《法律监督视野下行政执法与刑事司法相衔接的制度完善》,载《政治与法律》2011 年第 7 期。

行政处罚进行处理，而没有考虑到与《刑法》中刑事责任进行衔接，以致于存在相对人不管造成多大的社会危害，均由行政法律进行管理、只能施以行政处罚的困境。[①]这一问题在公共资源和环境犯罪领域较为严重，也治安违法犯罪领域也较为突出，行政法领域中的行政处罚未必与刑事法律领域中的刑事处罚进行一一对应，一旦出现空缺部分，执法过程中就会存在无法接续的弊病；又或者行政处罚过于宽容，即便已有两高作出的司法解释，但仍无法弥补机制漏洞带来的操作风险。

（三）解决方案

首先必须明确，两种职权的衔接机制是一项具有刚性特征的实体与程序运行机制，该机制必须以严格的法定主义为立足点，以立法操作层面的细致化规则布排为逻辑思路进行展开。因此，衔接机制必须清晰、明确而唯一，不需要考虑裁量行政的空间、规则和操作问题。站在这一基点，两种职权衔接问题的唯一解决方案在于模式、逻辑和规范的法定主义操作，对于操作问题出现的困惑和执行不力的问题，本身可以将核心工作归结于机制的细化和补充。

衔接机制的确立应当进行下列工作：首先，通过立法确立衔接机制模式，通过立法模式赋予衔接机制的核心机关、参与机关以法定的明确职权、职责定位。第二，确立机制运行程序，科学布局职权衔接过程，降低操作成本，提升职能联动效能，使衔接机制具备必要性和可行性。第三，明确机制运行的问题解决机制和监督机制。

对于模式的设置，应以我国行政和司法机制现状为背景，明确机制目标，清晰划分机制中的各项权力主体和职权配合要素，明确两种职权各自的运行范畴，以及协调配合、职务协作的机制领域。对于运行程序，应当以现有行政程序和司法程序为基础，以最少的变动实现最优的功能性效果，将各行政职权分支系统在执法过程中形成的经验依法转化为规范，形成法律到执法实践过程中最后一步规范细则体系。这是因为，不同行政分支业务具有极大差异性，在具体运行过程中，程序、证据等问题均可能存在不同程度和侧面的合法性要求。当然，衔接配套机制作为一项保障机制，其本身也需要保障。

二、两种职权衔接过程中的职权模式

行政主导型的衔接体系、司法主导型的衔接体系和为专门业务创设的具体衔接机制是我国各地目前主要考虑和尝试运作的三种机制。从职权衔接过程的特性来看，司法主导型职权衔接监督和运行模式缺少司法职权向行政职权的全面渗透性监督机制，但却因检察机关作为司法机关的职权属性及宪法功能的定位，具有系统性机制构成的合法性基础，并具有机制系统最少改动的成本优势。因此，这种机制具有功能性优势前提之下的机制推行和实现可行性。

（二）司法主导型衔接体系

① 杜万平：《论<环境保护法>法律责任的修改》，载《法学评论》2008 年第 3 期。

由于行政执法的最终审查机制依然是司法机制，因此，很多国家对于两种职权衔接制度的设置采用以司法机关为核心主导的模式，用以全面推行衔接过程对两种职权特别是行政职权的监督。以英国为例，其在行政机关中常设行政监察专员，该机制具有相对独立地位，只对议会负责，不对行政机关负责，相对人对行政机关行为不满有权向行政监察专员提出申诉，如对行政监察专员的处理不满，还可向行政裁判所提出救济请求。行政机关在处理具体个案时，行政机关先对案件性质进行轻罪（治安）与重罪（犯罪）的界定，并在行政监察专员的监督之下，启动行政程序或刑事司法程序。该模式中，检察机关的衔接监督职能之所以能够落实，取决于一套从上至下完整部署于行政机关中的运行体系构建，以此为前提方可落实司法主导型的衔接监督体系。[①]

我国《人民检察院组织法》尚未规定人民检察院有主动审查行政案件，从行政案件中发现违法犯罪线索的职权，检察机制作为我国司法机关中之一个分支，也未有伸展性机制布置于行政机制之中，其对行政系统的监督多以对公安机关的侦查行为合法性为主要对象，因此，尚不具备司法主导型衔接体系构建的基础性条件。但人民检察院的宪法功能却符合两种职权衔接体系的先天条件，因此如果采用此模式构建两种职权衔接体系，应首先着力解决人民检察院在此问题上的职权界定和职权范围问题，同时构建能够切实触及对行政系统案件线索获取和接收的有效机制，最后建立监督机制和专业问题辅助、协助机制。

例如深圳市 2012 年便试点以深圳市检察院为牵头单位的两法衔接机制，以检察院为核心，以公安机关、行政监察机关和具体行政业务职能部门为系统，将执法过程中查办或发现的涉嫌犯罪的案件移送侦查机关进行侦查，从行政违法向刑事司法程序协同联动进行运作的工作机制。各行政职能分支将相关处理完毕的案件交公安机关备案，公安机关将备案案件交人民检察院进行审查，此后人民检察院会对各行政职能机关作出行政处罚权的案件中进行审查，看是否有涉嫌刑事犯罪但未将其移送的情况。[②]该机制以发挥司法机关监督机制的功能为理性，理顺了两法衔接机制中间的主体性问题，并开始注重整合机制之间的信息平台，增强联动属性，但该机制对于检察机关、公安机关职能的设定，还应以更为稳定的上位法保障为前提。

（三）专门事项的联席会议模式

有些地区根据行政职权与刑事司法职权联动不畅的重点业务问题领域专设了司法机关、公安机关和其他行政主管业务机关的联席会议机制，用以解决某一违法犯罪领域的突出问题。例如安徽省基于环境保护秩序的维护建立的联席会议模式，围绕政府环境保护主管部门、公安机关、人民检察院和人民法院，建立起四部门就环境保护事项的行政执法和刑事司法职权运行进行衔接的机制。联席会议的工作机制分为定期会议和突发重大问题的随时性会议，主

① 李辰星：《行政执法与刑事司法衔接机制研究》，武汉大学博士论文，2013 年。
② 2012 年 8 月 27 日中共深圳市委办公厅和深圳市人民政府办公厅“两办”13 号文件《深圳市行政执法与刑事司法衔接工作实施办法》，《深圳市行政执法与刑事司法信息共享平台管理规定》。

要讨论、研究分析案件办理、案件移送、案件衔接配合等工作中存在的问题。在衔接工作中设立行政联络专员，专司各层级、各部门之间案件的移送、执法联动和协调配合过程中的问题。如遇重大突发事件，启动重大案件会商督办机制。在执法行为中，以规范的行使确立执法联动的六种情况，四部门共同参与其中，就各自司行的部分，固定证据，并建立信息共享机制。[①]几个执法或司法主体在获知其他联动主体的管辖案件时，应主动进行案件材料的移送，移送案卷材料内容均有明确规定，以明确彼此职责权限。

该机制的优势在于，在重点问题领域进行职权衔接问题的试点，具有突破性和尝试性，在该联席会议所涉问题内部能够对沟通协调、信息共享等环节产生积极的作用效果，其实质是通过联合执法来增强两种职权之间的共同作用，以便面对同一问题更好进行职权衔接。但如果将该机制推广至行政职权与刑事司法职权配合的所有领域，则须根据涉及业务类型设置若干个联席会议，这会加大公安机关、人民法院、人民检察院的工作负担，它们必须将与其他行政主管部门建立若干个联动关系，在推广性的层面上具有难度。此外，该机制在运行过程中，存在基层环保行政主管部门不擅于进行依法移转案件和证据采集、固定工作的情形，还存在证据质量与刑事司法办案要求不一致的状况。因此，此种模式中的联动机制可以在微观机制上得到应用和推广，但在宏观系统整体运行上，仍应采取其他模式，将该微观机制纳入其中，并辅之以重要的配套机制、辅助机制和配套机制，进行系统化设置。

三、必要机制的构建

无论是否采用并发展以检察机关为核心的行政职权与刑事司法职权衔接模式，决定两种职权启动和运行过程合法化衔接的共同机制有以下三项。通过规范的立法活动规范之，将有利于从根本上解决行政执法与刑事司法联动过程中存在的缺漏性制度问题。

（一）行政处罚案件备案和通报机制

实务中，两种职权的衔接机制最主要的功能直接体现在行政处罚和刑事处罚权的划分、以及职权联动运用领域的作用上。解决好这一核心机制的问题，最直接功能将有利于违法和犯罪活动的依法处置，是一项有利于职权性质确定和程序正确选择的启动程序。

以公安机关的职权行使为例，如果有销售者屡次强迫消费者进行交易，通过消费者的误解和不了解而进行消费过程中的敲诈勒索，该行为如果单独一次不构成犯罪，但销售者或经营者屡次违法而在违法次数上或违法金额上达到刑法上关于敲诈勒索罪的认定标准，那么公安机关对若干次违法行为人采取行政拘留等行政处罚，便可能出现行政执法权的运行与刑事司法职权的合法性要求不相匹配的情形。根据社会危害性和违法犯罪行为人主观状态的判断，

① 殷福才：《地方环境违法案件行政执法与刑事司法衔接机制探讨：以安徽省为为例》，载《环境保护》2016年第7期。

常态化的违法行为已经构成了刑法中的犯罪行为。如果建立以人民检察院为核心的行政处罚案件备案常态机制，使公安机关、其他具有行政处罚权的行政主体与人民检察院共同建立并使用相关案件信息系统，可增强人民检察院的监督职能，并帮助公安机关、其他行政机关提升案件处理的专业性和准确性。在这一系统中，公安机关等行政处罚主体处理的行政处罚案件均通过计算机系统进行案件基本信息的录入，以违法行为人为文档归置和检索索引，个案的信息录入并不过多增加执法机关的执法负担，信息录入后，由人民检察院设置专门人员负责查看和分析其中是否存在行政案件向刑事司法案件性质转移的情形，以此重点检验行政处罚主体的执法运行情况。如若发现问题，人民检察院可通过规范的通报机制落实其对行政主体的监督功能。

通过备案和通报平台的建立，相当于推行了人民检察院作为执法监督机关的提前介入机制。这一机制能够更好地发挥检察院的审查监督职能优势，在规范执法合法化的同时，也能使行政主体卸下压力，逐步确立起规范和监督系统下的正确执法经验体系，强化行政执法主体对行政法律体系和刑事法律体系的完备理解，以机制的科学化保障执法的准确化，实现法律效果与社会效果的统一。

（二）公众参与的监督机制

公众参与是一项有利于监督机制发挥功效，以致于对职权衔接机制产生正向作用的有力机制，也是行政程序的价值意义所在。为弥补理论上存在的行政主体和刑事司法主体无法及时有效发现衔接问题、产生执法缺漏的个案状况，通过开放式信息平台的构建，给予公众参与的渠道，获取来自于公众监督的线索的方式便具有很大程度上的机制意义。

公众参与机制的建立以线索搜集的数据平台建立为核心，同样在检察机关的运行机制中进行确立为宜。首先，以人民检察院为核心，与具有行政处罚权的行政主体，就其与刑事处罚权具有程度性连带关系的行政管理业务事项进行法律规范层面的梳理，明确一个案件按照行政执法程序进行处理和刑事司法程序进行处理的管辖范围。人民检察院将该管辖范围的规则进行集合后，发布至检察机关、行政主管机关和行政监察机关等工作网站之中进行公告。在公告的基础之上，人民检察院利用其设立的官方网站等先进信息传播、沟通平台对两种职权衔接过程中产生的个案问题进行搜集，同时接收传统方式递交的案件线索，检察机关汇总后对上述信息进行分析研判。无论采用网络或传统方式进行线索的搜集，均可通过设置格式化填写表格等方式，充分、完整、清晰、直接地了解信息提供者提供的信息，提升检察人员的研判效率，实现公众参与机制推行的可行性。检察机关对个案线索进行研判之后将产生两个方向的后续程序，其一面对信息提供者，人民检察院须对信息处理结果进行格式化回复；其二对具体的执法主体，人民检察院应对处理失当的案件提供正确的指令。上述工作的开展取决于检察机关和相关行政机关的前期准备工作，并通过先进技术和格式化、规范化材料准备工作的进行，降低工作难度，提升执法和司法效率。

（三）建立充分的移送和受理责任监督机制

行政执法与刑事司法职权衔接机制之所以能够推行下去，将主要取决于监督机制的有效性。不论是对应当移送案件的机关，还是应当受理案件的机关，不能单纯寄期望于其自身在没有强力监管的运行状态下主动履行案件移送和衔接职责义务。监督机制应当具有一定程度的中立性，而就当前面对的问题而言，行政法上公务员法的调整和刑法与其他行政法律在文本上的对接应当成为该监督机制的先导性工作。

例如，有些案件初始状态为行政违法案件，但由于该违法行为而言，其本身具有连续性或继续行。基于连续性或继续行带来的危害风险的扩大或实际危害后果的扩大，单纯寄期望于行政执法主体主动将案件移送公安机关启动刑事犯罪案件侦查无异于宣告其自身存在监管失职、行政不作为等行政违法责任。在一些行政执法主体公务人员失职产生的案件中，对直接责任人员的处理通常以行政处分为主，对其行为监管入刑的标准过高，对此，刑法应当与公务员法进行对接性质的立法。如《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第 14 条规定："行政执法机关移送涉嫌犯罪案件，应当接受人民检察院和检察机关依法实施的监督。"但并未规定检察机关和检查机关可以采取的措施。《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》虽然规定："行政执法机关不移送涉嫌犯罪的案件或逾期未移送的，可追究责任人的行政责任和刑事责任。"但该规定没有规定具体的问责程序，也没有对行政处分和刑事犯罪进行界定。因此，问责制度仍然仅存在于模糊化的规定层面，缺少落实的机制属性。[①]

根据宪法上绝对法律保留原则的要求，这一问题归根结底应由法律层面的规范予以根本解决，法规和规章均无法处理涉及执法公务人员行政处分或刑事犯罪认定层面的实体职权与程序运行事项。除了对违法行使移送职责的公务人员进行个人责任监督之外，还应对不涉及公务员个人责任之外的行政组织责任进行规范和约束。

① 李慧织、宋超：《加强行政执法与刑事司法衔接工作的对策探究》，载《河南社会科学》，2015 年 2 月版，第 42 页。

论行政决策不作为法律责任之追究

陈咏梅*

摘要：党的十八届四中全会明确要求严格追究行政决策不作为的法律责任，由此提出了行政决策不作为法律责任之追究这一在行政法学研究中尚属理论空白的问题。行政决策不作为的实质为行政决策主体对其行政职责的放弃或懈怠履行，追究其法律责任具有正当性。独立的行政决策不作为评估机构、统一的行政道德伦理立法、完整的责任追究制度架构有助于行政决策不作为法律责任追究的实现。

关键词：行政决策；行政决策不作为；法律责任；法治进路

行政决策不作为在我国行政法治实践中的普遍存在与行政法学研究的鲜有关注形成较大反差。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）要求"建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制"，对"决策严重失误或者依法应该及时作出决策但久拖不决造成重大损失、恶劣影响的，严格追究行政首长、负有责任的其他领导人员和相关责任人员的法律责任"，由此提出了一个在行政法学研究中尚属理论空白的问题——行政决策不作为法律责任之追究。探究行政决策不作为法律责任追究之正当性、影响因素及法治进路，成为为实践需要所催生的不可回避的法律问题，有必要加以探讨。

一、行政决策不作为法律责任追究之正当性

行政决策不作为是指负有行政决策义务的行政机关因其内在的原因导致行政决策在法定或合理期限内没有作出或者拖延作出的行为状况。要追究行政决策不作为的法律责任，首要的问题便是对法律责任追究的正当性进行分析，以为追究其法律责任提供必要的理论前提。

（一）行政决策不作为之行为性质

行政决策不作为为行政决策的下位概念，准确解读行政决策不作为的行为性质端赖对行政决策的认识。行政法体系某种程度上是围绕类型化的行政行为概念体系构建起来的，[①]因行政决策难以归入到行政法学已然成熟的类型化的行政行为之中，其在传统的行政法理论体系中可以说是一个被遮蔽甚至是有意回避的概念，相关研究尚处于相对边缘、相对薄弱的状态，[②]传统的行政法教材甚至缺乏对其的论述，[③] 对行政决策及其不作为行为性质的界定因

*陈咏梅，广东金融学院法律系副教授，法学博士。

① 周叶中：《论重大行政决策问责机制的构建》，载《广东社会科学》2015 年第 2 期，第 222 页。

② 马怀德：《全面推进依法行政的法律问题研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 135 页。

③曾哲：《我国重大行政决策权划分边界研究》，载《南京社会科学》2012 年第 1 期，第 98-104 页。

其面临的理论难题愈显其必要性和迫切性。

1. 行政决策行为性质的双重性

行政决策并非一个法学概念，[①]要在法学体系中精准地界定一个非法学概念所描述的行为，本身就是一个难题。[②]传统行政行为理论将行政行为分为抽象行政行为和具体行政行为，前者是指行政机关针对不特定对象所作的效力及后且能反复适用之行为规范的活动，后者是指行政机关针对已经发生的事件或行为所作的仅对特定对象产生约束力的一次性适用的行为。依据传统的行政行为理论，行政行为或为抽象行政行为，或为具体行政行为，不可以同时具备二者的属性。[③] 而行政决策既可以反复适用于不特定的对象，也可能仅针对特定的对象，[④]将其归属抽象行政行为或具体行政作为的范畴都是不确切的，因而有学者指出传统行政法学现有的概念群无法为其提供容身之所。[⑤]必须正视这一理论与实践相脱节的难题，对行政决策的行为性质予以充分的认识。

行政决策究竟是一个针对不特定对象可以反复适用的 “规则（Rule）”，还是一个针对特定对象一次性适用的“命令（Order）”，在中外均属难题。[⑥]但是，在西方，无论行政决策（Decision-making）是“规则”还是“命令”，只要符合该国司法审查所保护的利益标准，就可以对其提起行政诉讼，[⑦]充分的救济制度一定程度上弥补了西方行政法学对行政决策研究的不足。而在我国，虽然修改后的《行政诉讼法》第 2 条将行政诉讼的受案范畴扩大为行政行为，但结合该法第 12 条及 13 条之规定，行政诉讼的受案范围并未真正突破“具体行政行为”的范畴，对行政决策行为性质的认定直接影响对其法律责任追究的手段，因而兼具了理论与实践的双重意义。

尽管学界对何为行政决策并未形成共识，但归纳、总结对行政决策的已有研究，行政决策被认为是指具有法定行政权的国家行政机关或有合法权限的政府官员为了实现行政目标，依据既定的政策和法律，对面临要解决的问题，拟定并选择活动方案，作出决策的行为。[⑧]对于是否决策、如何决策以及作出何种决策行政机关有权依据不同的行政目的作出不同的决定。行政机关既可以为解决某一特定问题针对特定对象进行决策，也可以为解决某一方面的问题针对不特定对象作出可以反复适用的行政决策，传统行政行为理论下的抽象行政行为与具体行政决策均无法囊括行政决策的内涵和外延，其行为性质兼具抽象行政行为与具体行政行为的双重属性，应当认可行政决策行为性质的双重性，将其纳入行政法的调整范畴，而非囿于难以将其纳入已经类型化的行政行为的范畴而边缘化对行政决策的研究。更何况，行政行为

①张明贵：《政治学——政府与政治》，台湾五南图书出版公司 2002 年版，第 459 页。
②韩春晖：《行政决策终身责任追究制的法律难题及其解决》，载《中国法学》2015 年第 6 期，第 81 页。
③ 关保英：《行政决策不作为问题及其法治对策》，载《中州学刊》2015 年第 11 期，第 55 页。
④李迎春：《行政法视角下的行政决策》，载《行政法学研究》2007 年第 4 期，第 106 页。
⑤ 熊樟林：《重大行政决策概念证伪及其补正》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 286 页。
⑥ 韩春晖：《行政决策终身责任追究制的法律难题及其解决》，载《中国法学》2015 年第 6 期，第 81 页。
⑦［日］大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 100 页。
⑧ 戴建华：《作为过程的行政决策———在一种新研究范式下的考察》，载《政法论坛》2012 年第 1 期，第 168 页。

最初只是作为一个学理名词出现，直至 1989 年 10 月 1 日起施行的《行政诉讼法》正式使用“具体行政行为”一词，方使其获得了正式的法律地位。然而，这一概念自产生之初就伴随着争议，学界至今也未对其达成统一的认识。国内较早关注行政决策问题的杨海坤教授曾主张将行政决策视为一种重要的行政行为，并根据行政管理活动过程不同阶段和性质，将行政行为分为行政决策行为、行政立法行为、行政执法行为、行政司法行为和行政救济行为，[①]不失为一种有益的探索，不能因为行政决策行为性质的双重性而否定其作为行政行为的特性，将其从行政法治体系中游离出去。[②]

2. 行政决策不作为行为性质之双重属性及责任承担

从词源上来看，行政决策不作为包含“行政决策”和“行政不作为”两层含义，是一种新型的行政不作为形态，是行政决策领域的行政不作为。行政决策主体如果未依据法定的程序及时作出行政决策，构成行政决策不作为，无论其应当作出而未作出的是针对特定对象的一次性适用的行政决策，还是针对不特定对象的可以反复适用的行政决策，行政决策不作为同样兼具抽象行政行为与具体行政行为的双重属性。

无论抽象行政行为亦或具体行政行为，行为主体均应对其行为后果承担相应的法律责任，行政决策不作为行为性质的双重属性不应成为追究其法律责任的阻却。应当准确区分其行为性质，依据责任追究的相关要求，实现对决策主体当为而不为的行为选择及其后果的法律责任的追究。

（二）行政决策不作为之实质

从行政决策不作为的外在表现形式来看，行政决策不作为体现为行政决策主体没有作出一定的行政决策行为，以决策结果未形成或未完全形成的形式呈现。行政决策未形成或未完全形成既可能因行政决策主体主观上的不作为所导致，也可能因为客观上的不能为，对客观上的不能为进行责任追究缺乏事实与法律上的依据，行政法学研究应当探讨的是对行政决策主体主观上不作为法律责任的追究。

行政决策主体主观上的不作为从实质上而言是对其依法应当履行的行政决策权的放弃或懈怠履行，是一种不履行或不完全履行其所应当履行的行政决策权的不作为行为，既可以体现为在程序上不进行行政决策、拖延行政决策或阻挠行政决策结果的形成，也可以体现为在实质上未穷尽可能的决策方案以期获得最为理想的行政决策，涉及权力行使的全部过程，行政决策权配置的科学与否、行使的规范与否以及是否受到了有效监督均会影响对其的责任追究，仅从结果意义上予以制度设计容易陷入舍本逐末的困境。实践中行政决策不作为责任追究所面临的追责范围难界定、责任主体难确定、追责程序难启动、追责效果难保证等诸多难题相当程度上源于仅仅将行政决策不作为视为一个行为的结果，而未将其作为行政权行使

①杨海坤：《中国行政法基本理论》，南京大学出版社 1992 年版，第 256 页。
②关保英：《行政决策不作为问题及其法治对策》，载《中州学刊》2015 年第 11 期，第 64 页。

的完整过程来考量，行政决策权由谁行使、何时行使、如何行使等问题被模糊化或复杂化，导致了责任追究的诸多难题。以行政决策不作为是对行政权的放弃或懈怠履行为视野建构行政决策不作责任追究法律规范体系，从权力配置、权力行使和权力监督的完整过程对其进行法律规制，有利于实践中现实难题的切实解决。

（三）行政决策不作为之违法性

区别于西方较为成熟的行政不作为理论，我国行政法学关于行政不作为的研究仍然较为薄弱，在行政法学理论上一直有行政不作为违法论与中性论之争，[①]这当然带来了对行政决策不作为是否违法的认识困难。虽然行政决策不作为从表现形式来说只是一个消极无为的行为结果，但其实质是行政机关对其作为行政职责义务的违背，是行政机关对其应当履行的行政职权的放弃或懈怠履行，无论行政机关应当作出而未做出的行政决策系属抽象行政行为还是具体行政行为，都构成了对行政权力应当依法行使的损害，并可能损害或不特定对象或某一特定对象的合法权益，从其行为的实质及后果来看，均具有违法性，应当对其进行法律规制，追究其法律责任。

二、行政决策不作为法律责任追究之影响因素

应当说，我国一直重视对行政决策的规范，已经形成了以党内和地方法规为主，国家层面的法律规范为辅的规范体系格局。[②]但是，因行政决策长期以来被屏蔽在依法行政的视野之外，[③]已有的规范体系仍然存在种种问题，未能实现对行政决策不作为的有效规制，实践中行政决策不作为法律责任追究的状况堪忧。究其原因，行政决策的裁量性以及行政决策不作为的隐蔽性引发的应否以及如何追究行政决策不作为法律责任的争议，以及行政道德伦理未入法等缺陷影响了对行政决策不作为责任追究的立法规范与制度设计，导致行政决策不作为责任追究制度极度匮乏，不利于对行政决策不作为法律责任的追究。

（一）认知影响

意识是行为的先导。对行政决策不作为应否追责以及如何追究的认识直接影响着行政决策不作为法律责任的追究，已有的认知局限应当得到克服。

1. 行政决策的裁量性

无作为义务即无行政不作为，[④]行政决策不作为正是对其应当履行的行政决策作为职责的消极不为。但是，在大量场合，作为义务都具有自由裁量性，[⑤]这一特性在行政决策领域

①杨小君：《行政不作为形式及其违法性》，载《重庆工学院学报（社会科学）》2009 年第 1 期，第 84 页。
②王仰文：《行政决策责任追究的制度观察》，载《法治研究》，2013 年第 12 期，第 100 页。
③覃慧：《行政决策责任追究制建构的逻辑》，载《青海社会科学》2015 年第 4 期，第 13 页。
④ 周佑勇、尚海龙：《论行政立法不作为违法——基于法律文本的解析》，载《现代法学》2011 年第 5 期，第 45 页。
⑤ 朱新力：《行政不作为违法之国家赔偿责任》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2001 年第 2 期，第 82 页。

的体现尤为明显。

长期以来，行政决策并没有被作为一个法律问题引起法学研究的关注，许多学者甚至认为行政决策是一个科学技术问题，因而不应当由法律来调整。[①]直至因行政决策的非规范化导致决策失误频发，造成了大量的社会损失，行政决策方才进入法学研究的视野，对行政决策的法律规制因此渐次启动，有关行政决策法律责任的追究成为行政法治的重要组成。法律规范的有限性和滞后性与公共行政的复杂性和灵活性决定了行政机关需要根据客观实践的需要进行裁量，否则无法满足快速发展的公共行政的需要，传统的观点认为行政决策本身就是行政机关选择的结果，行政机关可以根据具体情况自主决定是否决策、如何决策以及何时决策，如果行政机关作出了不予决策的决定，应当尊其对是否行政决策的裁量，过度的规制被认为不利于行政决策权的行使，甚至是对行政权的干预。

但是，在现代法治国家，任何权力都不是绝对自由的权力，均应受到宪法和法律的核心价值、内在目的拘束和支配，[②]行政决策同样如此。行政机关对行政决策的裁量不应成为对其消极规制或有限规制的理由，特别是当行政机关应当决策而未作出行政决策时，应当有合理的理由证明其行为的合法性和正当性，否则将承担相应的法律责任，以防止行政机关任意放弃或懈怠履行其应当履行的行政职责，导致公共行政的目标因行政机关的消极不为无法得到有效的实现。

2. 行政决策不作为的隐蔽性

从行为的表现和后果来看，行政决策不作为表现为行政机关事实上并没有积极、明确的作出相关决策行为，其后果亦需要一定的期间才能显现，相较作为状态的行政决策，行政决策不作为无论在行为表现上还是危害结果上都呈现出隐蔽性的特点，尤其是针对不特定对象的行政决策不作为，其隐蔽性更大。因行政决策不作为行为的违法性和结果的危害性难以明显的呈现出来，应否追究其法律责任、何时追究其法律责任以及如何追究其法律责任在实践中存在较大争议。

加之行政决策不作为本身并不具有明确设定某种义务，或者限制、剥夺某种权利或自由的内容，对相对人而言并不具有法律上的强制力。目前尚无最高权力机关的立法为追究行政决策不作为的法律责任提供依据，已有的地方性法规或政府规章往往主要针对作为状态的行政决策，涉及行政决策不作为的极度缺乏，即使有规定也非常原则、抽象，在现有的法律体系下启动对行政决策不作为的责任追究面临诸多障碍。

（二）伦理影响

行政决策虽以行政机关的名义作出，但实际作出行政决策的是行政机关的相关工作人员，其道德伦理尤其是居于领导地位的政府官员的道德伦理直接影响对行政决策与否的选择。在

①关保英：《行政决策不作为问题及其法治对策》，载《中州学刊》2015 年第 11 期，第 64 页。
②周佑勇、尚海龙：《论行政立法不作为违法 ———基于法律文本的解析》，载《现代法学》2011 年第 5 期，第 47 页。

我国，韦伯意义上的官僚制尚未完整建立，公共服务精神和公共责任程序缺失，[①]当个人的认知与体系的逻辑不一致时，他们往往会选择最为安全的不作为，以规避可能的不利影响。特别是自 2003 年我国因“非典”公共卫生事件启动行政问责制度以来，对行政责任的追究成为高悬于政府官员头顶的“达摩克利斯之剑”，如果行政决策人员没有建立起维护和增进公共利益的道德伦理，他就不会承担起维护和增进公共利益的责任，其作出行政决策的积极性往往会被安全性的趋向所遏制，导致对行政决策不作为的选择。

我国至今还未形成统一的行政道德伦理法典，缺乏刚性的立法对行政决策人员的行政道德伦理进行约束。虽然《公务员法》对公务员的法定职责进行了规定，《中国共产党廉洁自律准则》、《中国共产党纪律处分条例》、《关于实行党政领导干部问责的暂行规定》等党的纲领性文件对中国共产党员的职业伦理道德要求进行了规定。但是，一则行政决策人员并不限于共产党员，二则《公务员法》是对全体公务人员的职责要求进行规定，不同于国外的行政伦理道德法典，政府官员趋利性与安全性的不作为选择缺乏道德伦理立法的约束，难以通过对行政决策人员行政道德伦理的责任追究从源头上遏制行政决策不作为行为的产生，预防和避免行政决策不作为导致的社会危害。

（三）制度影响

启蒙思想家托马斯·潘恩曾言，“只有制度才能弥补人们德行方面的天生缺陷。”[②]对行政决策不作为的责任追究需要制度的规范与保障。遗憾的是，实践中有关行政决策不作为法律责任追究的制度建构几乎空白，而我国行政法学理论对行政决策不作为及其法律责任追究的研究还非常薄弱，可以说，行政决策不作为法律责任追究在我国行政法学研究中尚属一个新的研究领域，亟需进一步的理论探讨，行政决策不作为法律责任追究的制度建构亟待理论指导。《决定》在全面推进依法行政、加快建设法治政府的大背景下提出了追究行政决策不作为的法律责任问题，要求克服行政决策不作为法律责任追究制度建构所面临的理论与实践的双重困境，形成规范的行政决策不作为法律责任追究制度体系，以实现对行政决策不作为法律责任的追究，进而推进行政决策的科学化、民主化和法治化。

三、行政决策不作为法律责任追究之法治进路

独立的责任追究评估机构、统一的行政伦理道德立法、完整的责任追究制度架构分别从责任追究的客观性保证、主观性遏制以及制度性支持的角度对行政决策不作为法律责任的追究进行规范，有利于行政决策不作为法律责任追究的有效性。

（一）设立独立的行政决策不作为评估机构

① 卢剑锋：《行政决策法治化研究》，兰州大学管理学专业行政法学方向博士论文，2010 年，第 1 页。
② [美] 托马斯·潘恩：《常识》，何实译，华夏出版社 2004 年版，第 6 页。

从行政决策责任追究的已有实践来看，尽管实践中已经形成了党委、人大、政府、法院及其他问责主体相结合的多元问责体系，但是问责的效果差强人意，并不乐观。[①]对行政决策不作为法律责任的追究应当避免已有的制度缺陷，保证责任追究的有效性，设立独立的责任追究评估机构不失为一个有益的尝试。

行政决策不作为法律责任追究涉及两个最为基本的问题，即应否追究和如何追究，基于行政决策的裁量性以及行政决策不作为行为表现与危害后果的隐蔽性，对应否追究和如何追究行政决策不作为法律责任需要客观的评估。

借鉴国外已有的范例。在美国，国家权力体系内部，国会设置的政府责任办公室，有权启动对政府违法或不当行为指控的调查，并可以提出法律决定和建议；国家权力体系之外，可以设立专门负责调查公民对政府各部门或官员控告案件的独立巡检机构等处理政府和公民关系的独立机构，政府在特定的领域内有义务就有关问题接受其问责。目前已经有 80 多个国家成立了国家独立巡检机构。[②]

设立独立于政府之外的行政决策不作为责任追究评估机构，对行政机关未作出行政决策的行为的合法性、正当性进行评估，判断该行为是不能为、不应为还是不作为，如果系属行政决策不作为，则进一步评估该不作为行为的危害性，以为行政决策不作为法律责任的追究提供事实依据，保证对其法律责任追究的客观性。

（二）制定统一的行政道德伦理法典

行政决策人员的道德伦理并非仅为个人道德范畴的问题，西方主要国家均制定有较为完备的专门规范政府官员职业道德伦理的责任法典，以减少行政决策不作为及其责任追究所要付出的成本。如美国的《政府道德法案》（Ethics in Government Act）、英国的《文官管理法典》（Civil Service Management Code）以及加拿大的《利益冲突法》（Conflict of Interest Act）等。

我国虽未制定统一的行政道德伦理法典，但是已有的党的纲领性文件为行政道德伦理的法典化提供了较好的示范，行政道德伦理的法典化具有良好的规范与实践基础。推进行政道德伦理法典的建设，规范行政决策主体应当承担的行政道德伦理责任，通过法典化的行政道德伦理的约束，促进行政决策人员建立起维护和增进公共利益的信念，主动预防和减少行政决策不作为。

（三）行政决策不作为法律责任追究制度之架构

行政决策不作为法律责任追究制度应当包含责任主体、应予追责的责任行为、追责主体、追责程序、责任的承担方式等基本内容，只有架构起完整的责任追究制度框架，对行政决策不作为法律责任的追究才能通过制度的保障得以实现。

1. 责任主体

①周叶中：《论重大行政决策问责机制的构建》，载《广东社会科学》2015 年第 2 期，第 228 页。
②宋涛：《行政问责模式与中国的可行性选择》，载《中国行政管》2007 年第 2 期，第 10 页。

“委托—代理”理论在公共领域的适用提供了认识行政决策不作为法律责任主体的新视野。依据人民主权原则，行政决策权归属人民，但人民并不直接行使此项权力，而是将其委托给政府，由相关行政机关以自己的名义作出行政决策。如果法定的行政机关未依法及时进行行政决策，人民有权追究相关责任主体的法律责任。因具体行使决策权的是行政机关的工作人员，行政决策不作为的责任主体包括行政机关及其工作人员。其中，行政机关工作人员所承担的法律责任应当与其在行政决策不作为中所起的作用相适应，在行政首长或相关行政领导的领导下参与行政决策，对行政决策没有决定权的一般工作人员应当排除在责任主体的范畴之外。其他主体不构成行政决策不作为的责任主体。

2. 应予追责的责任行为

行政决策不作为表现为行政机关没有作出或拖延作出行政决策的行为状态，无论行政机关是未主动依职权作出行政决策还是对公民、法人或其组织的决策申请在法定或合理期间未予答复或拒绝答复，均应追究其法律责任。

（1）没有作出行政决策。没有作出行政决策不仅包括行政机关未启动行政决策程序进行行政决策，还应包括行政机关未完成决策程序形成行政决策，以及行政决策主体未穷尽可能的决策方案形成科学合理的行政决策，导致行政决策目标未达到或未完全达到。行政决策是一个选择的过程，要求行政机关就全部可能的方案进行选择，如果行政机关疏漏、遗漏或者故意放弃某一或某些可供选择的方案，则其作出的行政决策是不全面的，亦构成行政决策不作为。

（2）拖延作出行政决策。拖延作出行政决策系指行政机关基于主观上的故意不及时作出行政决策，或者采取各种手段阻扰决策结果的形成。及时性是行政决策科学性的重要要求，滞后的行政决策于公共行政目标的实现并无意义，行政决策作为行政活动的中心环节，对其的要求是既不能超前，也不能滞后。

3. 追责主体

行政决策不作为法律责任的追究只能由法定的追责主体在其法定的职权范围内对相关责任主体的法律责任予以追究：

（1）人大。依据《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方政府组织法》）以及《人大监督法》等的相关规定，人大及其常务委员会有权以质询、询问、罢免等方式对行政决策不作为责任主体进行责任追究。针对实践中存在的人大监督缺乏程序性立法的保障导致人大监督被“虚化”，以及因人大代表中政府官员所占比例较高致使人大监督异化为“同体监督”等问题，可通过出台人大监督的程序性立法，以及降低政府官员在人大代表中的比例等举措保障人大监督的效力。

（2）政府。依据《宪法》、《地方政府组织法》、《公务员法》，以及《行政机关公务员处分条例》等相关之规定，政府及其相关职能部门有权追究行政决策不作为责任主体的法律责

任。政府内部的行政问责具有专业性、及时性、高效性等优势，有利于对行政决策不作为的及时纠正，防止损失的进一步扩大。为避免政府内部“同体问责”引发“官官相卫”等问题导致问责失效，可以通过制度设计实现问责主体与决策主体的相对独立，保证问责的效力。

（3）法院。依据《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等的相关规定，人民法院可通过行政诉讼的方式对部分行政决策不作为行为予以追责。相较其他的问责方式，人民法院的问责不仅需要遵循“不告不理”的诉讼原则，而且受控于行政诉讼范围的限制，问责范围较为有限。可以通过对《行政诉讼法》的修改或解释，扩大行政诉讼的受案范围，将系属抽象行政行为的行政决策不作为亦纳入到行政诉讼的受案范围，发挥人民法院作为政府以外的第三方对行政决策不作为行为的“异体问责”作用，维护权利主体的合法权益。

（4）权利主体。尽管权利主体不能对行政决策不作为责任主体直接作出具有强制力的问责处理决定，但是可以通过对行政决策不作为责任主体的监督启动法定问责程序。实践中因权利主体的监督促使问责程序启动的范例非常之多，充分体现了权利主体的监督作用。可以通过政府信息公开制度、公众参与制度等的完善保障保证权利主体对行政决策不作为问责的知情权和参与权，推进行政决策不作为问责制度的发展。

4. 追责程序

科学、合理的程序设定是责任追究得以实现的保证，结合已有的立法规范和问责实践，行政决策不作为法律责任追究应当包含启动程序、调查监督程序和处理程序三个基本的构成。

（1）启动程序。行政决策不作为问责程序的启动，既可以由人大和政府主动依职权启动，也可以因相对人的申请启动，还可以由相对人提起行政诉讼而启动。启动程序是行政决策不作为责任追究第一个基本环节，由法定的问责主体根据对是否存在问责事实和理由所作的初步判断，决定是否启动问责程序。如果决定启动问责程序，即进入调查程序。

（2）调查程序。调查程序是问责程序的中心环节，由问责主体通过案件事实与证据材料的调查和收集，查明责任主体是否存在行政决策不作为行为，是否造成损失以及两者之间的因果关系，并依据所调查所得的事实与证据形成调查结论：如果责任主体不作为的事实清楚、证据确凿，则建议追究相关责任主体的法律责任；如果事实不清、证据不足，或情节轻微，或未造成损失，则建议终止问责程序。

（3）处理程序。由问责主体根据调查程序形成的调查结论，并充分听取行政决策不作为责任主体的陈述与申辩，作出是否追究其法律责任及如何追究其法律责任的处理决定。处理决定应当以书面的形式做出，并告知相关责任主体法定的救济途径。对责任主体救权的保障，是行政法治题中应有之义。

5. 法律责任的承担方式

行政决策不作为责任主体对决策不作为行为法律责任的承担主要包括行政法律责任与刑事法律责任两种方式。如果形成了行政道德伦理立法，还应依据该法承担相应的道德伦理

法律责任。

（1）行政法律责任

行政决策不作为责任主体的不作为行为如果违反了行政法律规范的义务性规定，应当承担行政法律责任，主要的方式有两种：一是依据《公务员法》与《行政机关公务员处分条例》等的相关规定，被处以警告、记过、记大过、降级、撤职、开除等行政处分；二是依据《国家赔偿法》等的相关规定，行政机关的行政决策不作为行为如果造成了相对人的损失，应当承担行政赔偿责任。行政机关在依法承担赔偿责任后，有权向有故意或者重大过失的工作人员追偿，要求其承担部分或者全部赔偿费用。

（2）刑事法律责任

刑事法律责任是行政决策不作为法律责任中最为严厉的责任形式，需要以刑事诉讼的方式加以实现，主要涉及的罪名为滥用职权罪和玩忽职守罪。依据罪刑法定的基本原则，如果行政决策不作为责任主体的行为构成《刑法》所规定的滥用职权罪和玩忽职守罪，应当在《刑法》规定的范围和幅度内承担相应的刑事责任，责任承担的方式主要为对人身自由之限制和剥夺。

四、结语

行政决策不作为在行政法治实践中已然普遍存在，且已经造成了对行政法治的危害，研讨行政法治却避谈行政决策，建设法治政府而忽略行政决策问题，必然使得法治面临落空之危机。[①]行政决策不作为是行政决策主体对其应当履行的行政职责的放弃或懈怠履行，追究其法律责任具有正当性、必要性和迫切性。通过独立评估机构对行政决策不作为及其损害后果的独立评估保证行政决策不作为法律责任追究的客观性，以统一的行政道德伦理立法规定行政决策不作为主体的道德伦理责任，并架构起责任追究的制度框架，形成对行政决策不作为法律责任追究的环形链条，有助于行政决策不作为法律责任追究的实现。

①马怀德：《全面推进依法行政的法律问题研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 134 页。

行政调解民商事纠纷及其法制化

杜承秀* 邓骞**

摘　要：当下民商事纠纷解决实践中，行政调解机制发挥着现实而独特作用。民商事纠纷行政调解机制的实践运行面临着正当性倍受质疑、公正性无法保障、权威性易遭贬损、规范性可能被破坏等诸多窘境。为更充分激发民商事纠纷行政调解机制对和谐社会建构和法治社会全面推进的社会功效，法制化该机制是不二路径。从基本原则、衔接关系及相关制度建构视角对民商事纠纷行政调解机制予以法制化塑造。

关键词：民商事纠纷；行政调解；民事诉讼；法制化

一、引言

经由行政调解消弭民商事纠纷在我国有悠久的历史，据资料记载，我国西周时期的官制就设有专门调解事务的官员——调人，[①]我国封建制社会鼎盛时期的唐朝，行政调解已具规模，行政调解对当时的社会治理的确产生了良好社会效果。 新中国建国后直到上个世纪九十年代初期，源于当时我国的法制尚不尽完善，社会生活的诸多领域乏缺明确、具体法律规范的规制与引导，再加上全能政府理念的奉行，所以，天生具有积极、灵活、便宜优势的行政调解就成为政府及其职能部门化解民商事纠纷处理社会矛盾的重要手段。上个世纪九十年代中后期，受“诉讼中心主义”的影响，人们普遍将调解、和解等纠纷解决机制视同“法治”水准低下的标志，一段时期，和解、调解在我国社会纠纷解决的实践中作用式微。

新世纪初，人们对“法治”有了更加深入、全面理解，“法治”的内涵得以极大丰富。另外，新世纪伊始我国进入社会转型及经济转轨的加速时期，在这一特殊历史时期，各类社会矛盾多发、频发，群体性、重大性的社会纠纷屡见不鲜。为有效地化解社会纠纷，促进社会和谐，“调解”这一传统、灵活、高效的社会纠纷解决机制重获生机，并日愈激发出旺盛的活力。2003 年 10 月中国共产党十六届三中全会明确提出和谐社会构建、把矛盾化解在基层、实现“司法调解、人民调解、行政调解”三大调解的有机结合等目标任务。2004 年 4 月国务院印发了《全面推进依法行政实施纲要》，其中第二十四条规定：“积极探索预防和解决社会矛盾的新路子……要大力开展矛盾纠纷排查调处工作。”2010 年 11 月《国务院关于法治政府建设的意见》明确提出：“要把行政调解作为地方各级人民政府和有关部门的重要

* 杜承秀（1972-），女，汉族，四川省南部县人，法学硕士，广东海洋大学法学院副教授，广东省地方立法研究评估与咨询服务基地研究人员，主要研究方向为民商事法学和诉讼法学。
** 邓骞（1982-），男，汉族，江西省泰和人，法学博士，广东海洋大学法学院讲师，广东省地方立法研究评估与咨询服务基地研究人员，主要研究方向为行政法与行政诉讼法学。
① 张兆凯．中国古代司法制度史[M]．岳麓书社，2005。

职责。完善行政调解制度，科学界定调解范围……”。2011 年 4 月中央综治委、最高人民法院等 16 个部门联合发布了《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》明确指出了“大调解”机制建设的意义，高度肯定“行政调解”是“大调解”机制不可或缺的组成部分。

行政调解契合了服务政府的理念，有助于政府职能的转变，同时也迎合了“和谐社会建设”的诉求，在当下中国得到高层的强力推动是十分自然的情理中事。但纵观行政调解在我国的境状，我们明显可以发现其仍然是我国社会纠纷化解“大调解”架构中最突出的短板。具体表现有三：其一，我国行政调解的法制化程度极低，更本没有从制度上落实行政调解。而不似人民调解、诉讼、仲裁等机制，它们均有统一的较为科学理性的法律指引和规约，实现了解纷机制的法制化；其二，行政调解在我国当下纠纷解决机制理论的研究中十分不够，有学者将我国当下对行政调解理论课题研究的不足概括为：“目前学界对行政调解的探讨限于表面现象，未深入挖掘其理论基础，因而缺乏系统的理论论证”，[①]理论研究的不足无法为行政调解制度的法制化建构提供智力支撑；其三，许多地方、部门在全面构建“大调解”背景下，积极地展开了行政调解实践，进行了诸多有益探索，但行政调解实践中乱像不少，存在的问题很多，造成了“行政调解实践举步维艰、障碍重重”。[②]笔者认为突破行政调解短板，充分发挥其在社会矛盾化解中的独特、巨大作用，我们应该加强“行政调解及其法制化”这一重大理论及实践意义课题的研究。

二、行政调解民商事纠纷立法及民商事纠纷行政调解的优势

当下中国虽并未能针对民商事纠纷行政调解予以专门立法。但客观说，在现行法律体系内关乎民商事纠纷行政调解的法律、法规、规章却并不少。目前实践中，相关行政主体多依据其中规定开展民商事纠纷行政调解工作。所以，为理性建构民商事纠纷行政调解机制，有必要对我国关乎民商事纠纷行政调解的立法作简单梳理，同时客观分析民商事纠纷行政调解的优势，笔者认为这是探究民商事纠纷行政调解存在问题，进而理论上完善建构该机制的逻辑前提。

（一）行政调解民商事纠纷的立法

此处的行政调解专指指由行政主体居中对特定范围的民商事纠纷进行说和、劝导，在纠纷双方当事人自愿的基础上，促成当事人双方达成调解协议，从而消解当事人间的民商事纠纷的一种活动。[③]目前中国没有统一的行政调解法，更不存在专门针就涉东盟民商事纠纷行政调解的立法，但相关民商事纠纷行政调解的法律、法规、规章确是不少。据不完全统计，

① 莫于川．我国行政调解程序法律制度发展路径选择[J]．南都学坛，2014（2）。
② 李锡鹤．民法基本理论问题研究[M]．人民出版社，2007。
③在行政法学理论上行政调解有两种情形，一种是行政主体对平等主体间的民商事纠纷进行调解；另一种是行政主体对行政纠纷进行调解。本文所述的行政调解特指第一种情形。

在中央立法层面，有 14 部法律、24 部行政法规和 119 部部门规章对民商事纠纷行政调解作了一定规定，在地方立法层面，有 1900 多部地方性法规、1300 多部地方性规章对民商事纠纷行政调解作了一定规定。 纵观目前关乎民商事纠纷行政调解的法律、法规、规章，具有以下主要内容和突出特点：

1. 民商事纠纷行政调解的对象。民商事纠纷行政调解的对象亦为民事纠纷行政调解的范围。从现行有效法规定论，我国民商事纠纷行政调解的对象是十分宽泛的，可以说社会生活诸多方面发生的平等主体间的民商事纠纷，相关的行政主体都可以进行行政调解，现行立法并没有对民商事纠纷行政调解的对象进行统一设定，关乎民商事纠纷行政调解对象的规定散见于法律、法规、规章等各层级的规范性法文件中。

2. 民商事纠纷行政调解的主体。民商事纠纷行政调解的主体是民商事纠纷行政调解活动的主持方，是具体对涉案民商事纠纷进行说和、劝导、沟通的行政机关或者是法律、法规、规章授权的其它社会组织。[①]民商事纠纷的性质及所属的领域不同，对应该民商事纠纷行政调解的主体是不一样的。目前看来民商事纠纷行政调解的主体在我国现行立法的设置上十分多样，既有基层人民政府，更多的是人民政府的职能部门，也有法律、法规、规章授权的其它社会组织。可以说，所有的行政主体对与自己行政管理或服务活动密切相关的领域出现的民商事纠纷都有可能得到法的赋权，从而进行行政调解工作。

3. 民商事纠纷行政调解的程序。民商事纠纷行政调解的程序是对民商事纠纷案件施以行政调解所应该遵守的步骤、顺序、方式、方法、时限等。我国目前立法对民商事纠纷行政调解的程序多没有作出精细设计，甚至不少没有作出任何规定。实践中往往由相关行政主体基于民商事纠纷行政调解工作的需要制定一些操作性规程，引导行政调解工作的具体运行。这些操作性规程规范性文件层级极低，尚不是“法”层面文件。因此，目前看来我国民商事纠纷行政调解的程序还没能完全实现法制化。

4. 民商事纠纷行政调解的效力。“行政调解的效力亦即在行政调解基础上达成的调解协议的效力。主要是指行政调解协议，在一方当事人拒不履行时，有没有强制执行的效力，该协议能不能得到真正实现”。[②]当下中国鲜有立法赋予民商事纠纷行政调解所达成的调解协议具有强制执行力，也就是说，在行政调解协议达成之后，当事人反悔，一般情况下，该调解协议不可能得到法院及其它公权力机关的强制执行，绝大多数现行法律、法规、规章规定民商事纠纷行政调解所达成的调解协议在一方当事人拒不履行时，对方当事人只能向人民法院重新提起民事诉讼或者达成仲裁协议，由人民法院或者仲裁机构对涉案民商事纠纷进行裁判。这种情况下，也就意味着此前进行的行政调解毫无任何实际功效且白白浪费了时间等资源，无谓耗费了调解主持方和各方当事人精力。

（二）行政调解民商事纠纷的优势

①社会组织一旦获得了法律、法规、规章的授权，在行使所授予的行政权时，就具有了行政主体的身份。
② 韩舸友、李毅．法治视域下行政调解近路选择与优化[J]．贵州社会科学，2013(5)。

虽然涉东盟民商事纠纷行政调解在目前中国乏缺明确法律依据，但是实践运行中的涉东盟民商事纠纷行政调解机制的确发挥了独特作用，产生了良好社会效果。涉东盟民商事纠纷经由行政调解机制解决其优势可以从两个方面进行分析：

1. 基于纠纷解决方面的优势。民商事纠纷行政调解作为纠纷解决机制之一存在，最基本、最合理的根据是其能够化解民商事纠纷。从实践价值看，民商事纠纷日趋复杂多样，纠纷解决的多元已是必然潮流，行政调解是多元化纠纷解决机制体系内不可或缺的要素和必然组成部分。实际上行政调解不仅仅可以化解民商事纠纷，而且相较于人民调解、商事调解、仲裁、诉讼等纠纷解决机制而言，民商事纠纷行政调解还具有下述三方面的独特优势：

第一，民商事纠纷行政调解具有权威性与规范性。相较于人民调解、商事调解等公权力色彩较弱的纠纷解决机制而言，民商事纠纷行政调解具有权威性、规范性。行政调解是由国家行政机关或者法律、法规、规章授权行使公共职能的社会组织作为调解的主持人。因此，源于主持方“公“主体身份，握有国家公共权力，故而由行政主体主持的行政调解就具有了较高权威性与可信性。另外，行政调解的规范性源于行政权力具有保障其必须规范性运作的行政法治原则要求及相应的保障性机制安排与制度设计。我们知道所有行政主体的设立及其职权的运行都具有法定性这一基本属性，一般而言，行政调解权是行政主体的法定职权，现行立法也应该为该法定职权的运行设计其应该遵循的基本程序，以契合行政程序法定原则的基本要求。既使当下看来现行立法还未能为行政调解权力的运行设计具体的行政程序，作为行政权力运行应遵循的正当程序原则也必将规范行政调解行为的具体展开。如果行政调解行为背离了行政程序基本原则的基本要求，该行政调解行为就构成违法，行政主体及具体的行政调解人员将担负法律责任。所以，民商事纠纷行政调解较人民调解、商事调解及其他民间调解机制而言更具有权威性和规范性，在行政主体的主持下也将更容易促成民商事纠纷双方当事人达成调解协议。

第二，民商事纠纷行政调解具有灵活性与高效性。相对于诉讼和仲裁等纠纷解决机制而言，民商事纠纷行政调解具有灵活性和高效性。诉讼、仲裁机制遵循司法性行为的架构，该机制安排在促进纠纷解决公正、公开价值实现的基础上，也一定程度上牺牲了纠纷解决的高效性、灵活性。诉讼、仲裁机制的僵硬与低效主要是由下述原因造成的：其一，司法性质架构的纠纷解决机制，在解纷机制的启动上，基于司法被动性本性要求，必须遵循“不告不理”原则，比较消极被动，因此无法快速反应，迅及消化业已发生的纠纷；其二，司法性质的架构偏强调“两造对抗”，一般情况下需要纠纷双方当事人均到达解纷现场，面对纠纷的裁判方，公开展示证据材料，展开充分辩论，在双方当事人充分、完全辩论的基础上，由法院或者仲裁机关查清事实、分清是非，进而适用法律进行裁判，这无疑将耗费大量的时间、精力，且可能因为面对面而增添了当事人的对抗情绪；其三，司法性质的纠纷解决机制架构尤为重视解纷程序的公正、严肃，所有的既定程序步骤必须一一按照先后顺序完全履行，这无疑使

得程序的运行充满刚性而显得十分机械、僵硬；其四，司法性质的纠纷解决机制还必须交纳诉讼费用或者仲裁受案费用。

与司法性质架构的纠纷解决机制不同，行政主体可积极主动展开对与自己职权范围相关的民商事纠纷进行行政调解，所以也就更适于处理一些常规性、多发性、社会性、群体性的涉东盟民商事纠纷。另外，民商事纠纷行政调解建立在充分尊重当事人自愿的基础上，它并不苛求事实的一清二楚，只要当事人双方不争执的问题，行政主体就不会过问，行政调解机制的本性诉求绝对不可以对其设计一套严格、僵硬的程序，也并不要求所设计的程序在每一个民商事纠纷的行政调解中一一按顺序履行完毕。行政调解无需交纳任何费用。所以，相较于诉讼、仲裁等民商事纠纷解决机制而言，民商事纠纷行政调解具有明显的灵活性与高效性。

第三，民商事纠纷行政调解具有专业性与针对性。 毫无疑问行政调解属于行政行为，是行政行为这一属概念的种概念。根据行政行为基本理论的要求，行政调解的范围必须局限于“与行政管理密切相关的民商事纠纷”，“如果一个民商事纠纷与行政管理领域风马牛不相干，行政机关就不可以进行行政调解，当事人只能付诸于法院解决纷争；如果一个纠纷其产生的原因、解决的结果等于特定行政机关的行政管理领域存在着牵连，那么原则上该民商事纠纷就可以由相应的行政机关予以行政调解”。[①]因此， 行政主体在调解民商事纠纷时，并非是由任意一个行政主体随意调解的，某一具体的民商事纠纷一定必须由该特定纠纷领域的行政主管部门作为调解的主持方，具体从事行政调解工作的人员也应该具有关乎该纠纷所属领域的专业知识，拥有解决该类民商事纠纷的实践经验与业务技能，因此，相对来说他们能够按照法律规定有针对性地、专业地解决纠纷，这一方面会提高纠纷解决的正确性，推动纠纷的高效解决，同时也节俭了纠纷解决的成本。

2. 附加的优势。民商事纠纷行政调解所具有的附加的优势，使其于其他纠纷解决机制相比更具有特殊魅力，优势尤为凸显。这一附加的优势就是它具有倒逼功效，该机制的确立及实践运行可以倒逼政府加速职能转变、促进政府依法行政。

毋庸讳言，当下中国政府在国家、社会治理的方式、方法、手段上还带有较强的行政管制色彩，比较习惯于使用传统的行政处罚、行政强制、行政决定、行政命令等刚性的措施进行行政管理。现代社会在强调政府保持传统行政管理措施的同时，更倡导政府较频繁、普遍地使用柔性的、温情性的服务手段，将管理予于服务之中，在和谐优良的气氛下达成国家、社会治理目标。[②]促成这一转变的原因是多方面的：其一，基于对政府与普通民众社会关系的重新认识，政府不可以再将自己高高于民众之上，将普通民众看作自己管制的对象；其二，现代国家与社会的治理，较之过去时代复杂得多，更多情况下需要政府与民众携起手来，同心同德，发挥双方的合力，激发民众的积极性，在民众的配合下才可以完成治理任务，柔性的管理、温情的服务更容易达到目的；其三，政府官僚主义的弊端已经被人们深刻认识，深

① 俞灵雨．纠纷解决机制改革研究与探索[M]．人民法院出版社，2011，第232页。
② [英]威廉·韦德．行政法[M]．徐炳译．中国大百科全书出版社，1997，第651页。

恶痛绝，人们需要政府俯下身来体察民众、关心普通人的疾苦，知悉社会现实，因具体情况而这对性处理。正是在这一转变的过程中行政指导、行政合同、行政调解等诸多灵活性的、柔性的、温情的行政管理、行政服务手段得以创新出现并逐步运用与行政的实践。

行政调解意味着政府必须在纠纷双方当事人之间进行沟通、说和，在沟通、说和的过程中必须讲道理、摆事实，必须晓之以理、动之以情，在这一过程中法律、人情、伦理、习俗都将成为说和的依据，在政府与民众的多番交涉互动中，当事人的情绪得以平复，矛盾得以化解，当事人也体会到政府的苦衷；另一个方面，政府在与当事人的互动中也历练了柔性与耐力，提升了自身的治理能力。行政调解的使用倒逼政府的治理行为不可能再粗暴、简单，不可能再作出“非此即彼”的合法与违法二元判断，不可能再完全是僵硬的处罚、强制与命令，而应该在社会民众的支持、配合下完成治理任务，国家在这一过程中应该总揽全局，成为“掌舵人”，[①]这无疑促使政府不再进行事无巨细地微观管理，加速了政府职能的转变，迎合现代社会的诉求。追求成功是任何制度的本能，行政调解要想成功，作为调解主持人的行政主体就不得和稀泥，而必须更加艺术地把握法律，在情理、法理、事理之间拿捏分寸、流连忘返，如果行政主体不依据事实，不依靠法律胡乱调解，很显然是不可能取得调解成功的，所以行政调解的具体运行必将大大提升政府的依法行政水平。

三、行政调解民商事纠纷存在的问题

民商事纠纷行政调解具有独特的优势与长处，但是我们也决不可忽视乃至无视当下民商事纠纷行政调解实践中所出现的诸多问题，这些问题的存在大大制约了民商事纠纷行政调解作用的充分发挥。据笔者的实务调研和理论归纳，当下民商事纠纷行政调解存在的主要问题有下述体现：

（一）正当性倍受到质疑

随着中国法治改革与法治建设的发展，法治理念业已深入人心。当今时代，任何公权力行为的作出和使用必须有法律的明确依据，只有这样公权力的运行才获得了正当性，公权力运行的结果才可能被当事人接受与履行。正如文上所述，目前我国虽然不乏有法律、法规、规章等法文件对民商事纠纷行政调解进行规定，但实际上所有的规定都十分粗陋，仅仅规定某行政机关可以对某民商事纠纷进行行政调解，至于行政机如何调解、调解结果的法律效力如何、调解机制如何救济等一系列最基本的问题均没能作出立法明确，所以，根本无法为行政调解民商事纠纷提供一套明确、具体的操作规程。没有针就民商事纠纷行政调解的专门立法明确，行政调解民商事纠纷的正当性将会倍受质疑。

（二）公正性难得到保障

① 赵军锋、范瑞光．政府职能转变的价值取向——基于国家治理视角[J]．行政科学论坛，2015（6）。

只所以得出“民商事纠纷行政调解的公正性难得到保障”的判断，是因为该纠纷解决机制缺乏起码的监督制约机制设置。民商事纠纷行政调解大多数是行政主体附带的公权力行为，是行政主体传统行政管理职能的附庸职能，我国现行法律、法规、规章对传统意义的行政管理行为，比如行政处罚、行政强制、行政命令、行政许可等行政行为均设置了较为科学、理性的监督制约机制，而针对行政调解这种非传统的服务性行政行为却缺乏起码的监督制约机制立法设置，这本身就违背了“公权力行为须受到监督”这一基本公正原则的诉求。另外，如果行政主体通过其职权向纠纷当事人施加压力，强迫调解，弱势一方当事人的合法权利将难以得到保障，这必将影响民商事纠纷行政调解结果的公正性。所以如果没有一套确保公正实现的监督制约机制其公正性必将更难得到保障。

（三）权威性易遭到贬损

行政调解是行政主体的职权性事项，在行政主体居中说和、调和、沟通之下，民商事纠纷的当事人双方可能达成了调解协议。但调解协议的达成并非是纠纷解决本身，纠纷的彻底解决无疑需要依靠业已达成的调解协议得以真正履行，完全实现协议所确定的权利与义务关系，如果因当事人反悔致使调解协议得不到履行，无法实现，归结于零，那么必将贬损行政调解的权威性。我国目前现行立法并没有赋予民商事纠纷行政调解调解协议法律强制执行力，所以实践中常常出现好不容易达成的行政调解协议变成一纸空文的情形。

（四）规范性可能被破坏

民商事纠纷行政调解启动及运作程序的规范性一定是该纠纷解决机制功效发挥所必需的保障性措施。因为，规范可以引导行政调解行为向着明确的目标高效顺畅展开，所以，取得预期的成效。同时规范性也是纠纷解决机制权威性、正当性运行的必然诉求，随意、盲动的启动及运行一定会使伤害纠纷解决的权威性、正当性。正如文上所述我国目前尚未能实现民商事纠纷行政调解程序法制化，所以，民商事纠纷行政调解在实践启动及运行过程中就存在着较大程度的随意性、盲动性。笔者认为民商事纠纷行政调解在程序设计上应该灵活，一定切忌程序的繁琐与僵硬，但程序的灵活并非指不需要程序，没有了基本正当程序的引导与规制，民商事纠纷行政调解的规范性就可能受到破坏。

（五）增加行政主体的负担

源于民商事纠纷行政调解所具有的权威性、专门性、高效性等独特优势，所以，理性、经济的民商事纠纷当事人，就极可能会将业已发生的民商事纠纷提交相应的行政主体解决，再加上行政主体对“与自己管理领域相关的民商事纠纷”的调解可以主动而为，这就可能造成大量的民商事纠纷纷纷涌向相关的行政主体，由相关的行政主体通过行政调解解决。各级各类行政机关以及被授权的社会组织在处理日常行政事务的同时还附带解决民商事纠纷，这无疑就加大了其工作量，行政主体不得不在人事、财政等方面加大投入，这无疑会增加了行政主体的负担。

四、行政调解民商事纠纷的法制化

民商事纠纷行政调解机制的实践运行确是存在着诸多问题，回避问题是极不应该的。我们必须正视这些既存的问题，探究克服问题突破障碍的路径与方法。在全面推进法治国家建设的大背景下，制定统一、专门的《中国民商事纠纷行政调解法》，法制化建构民商事纠纷行政调解机制是不二选择。限于篇幅，笔者无意于对《中国民商事纠纷行政调解法》的制定及其应涵盖的具体内容展开详尽分析，仅仅针对民商事纠纷行政调解机制的法制化建构谈谈初步设想。

（一）明确行政调解民商事纠纷的基本原则

毫无疑问，相较于民事诉讼、仲裁等民商事纠纷解决机制，行政调解机制最突出的特点是具有天然的灵活性，程序相对便宜、简单。所以，民商事纠纷行政调解机制立法不必要也绝对不能设置繁琐、严苛的规则，在行政调解程序的设计上、在纠纷事实的查清上以及在法律适用等问题上，必须为行政调解的主持方留有一定的裁量空间，必须充分地尊重纠纷双方的自由意志表示，引导纠纷主体互谅互让，促使他们相互妥协，以迅及消解其间的纷争。虽然民商事纠纷行政调解机制的设置应该灵活、便宜，但是在立法中必须明确该机制应该遵循的基本原则，通过高度涵盖性的基本原则规约该机制，使其在法制化轨道上运作。针对民商事纠纷自身的特殊性，笔者认为民商事纠纷行政调解应该遵守下述基本原则：

1. 调解特定民商事纠纷原则。民商事纠纷发生的原因复杂多样，纠纷的内容千差万别，这些纷繁复杂日趋发展的民商事纠纷全部均由行政主体行政调解显然是十分不现实的。笔者认为应该对民商事纠纷行政调解的范围有一定的限定，一定程度地明确解纷的范围。这样作的必要性表现有三个方面：一者，可以确保不至于过分增加行政主体的负担；次者，可以确保行政主体与其它纠纷解决机关、部门各司其职、各负其责，防止不必要的推诿与争抢管辖权现象出现；再者，设定行政调解特定民商事纠纷的范围也有助于纠纷当事人在纠纷出现之后诉请适格的解纷主体及时化解纠纷。

民商事纠纷行政调解的范围应当按照专业领域纠纷、复杂纠纷以及涉及职权的纠纷等三个标准设定，可以考虑将民商事纠纷行政调解的范围界定为以下三大类：一是专业领域争议，如知识产权、金融等；二是复杂纠纷，如经济合同纠纷、涉外投资；三是涉及职权的争议，如治安管理、环保污染、公有资产管理等。这样设定的理由主要是基于两方面考虑：其一，这类事项普通的人民调解一般很难具备相应的条件对纠纷进行深入了解和准确判断，而司法诉讼阶段的调解则因为专业性的差异，导致在调解时仍然需要相应行政主体的配合；其二，当今社会经济的发展导致行政主体对社会的管理方式从管理微观领域逐步向宏观调控和为

社会提供服务转变。这些因素决定了行政主体必须从普通民商事纠纷的调解中逐步退出，转变为主要对专业性较强、矛盾较为复杂的民商事纠纷进行调解。

2. 同一纠纷不予再行行政调解的原则。同一纠纷不予再行行政调解是“一事不再理”原则的基本诉求。源于行政调解主体的职权职责应该与所调解的民商事纠纷相关，所以凡是与某一具体的民商事纠纷相关的行政主体都可能被纠纷当事人诉请施以行政调解，因此为了避免对同一个民商事纠纷进行多次调解，为了避免行政调解结果间的互相抵触，在设定行政调解时必须明确“同一纠纷不予再行行政调解”原则，行政主体在受理某一具体的民商事纠纷行政调解申请时有权对该民商事纠纷的内容进行审查，如果发现其已经历经过行政调解，应该作出不予受理的决定。

3. 不履行调解协议的不予调解原则。行政调解作为纠纷解决机制存在的唯一目的是通过行政主体的说和、沟通，化解民商事纠纷。正如学者所言：“调解协议的履行，是调解工作成效实现的唯一渠道。”[①]所以，纠纷双方当事人一旦达成调解协议，必须本着诚信原则履行自己的承诺。另外，履行业已达成的行政调解协议也是对行政主体辛苦行政调解工作的起码尊重工作。如果行政主体在说和、沟通的过程中发现一方不可能履行即将达成的调解协议，或者出现对已经达成的调解协议但当事人拒绝履行的情形，行政主体不必要再继续调解下去，调解工作立刻终止。

4. 对重大民商事纠纷的行政调解应当设定正式调解程序。 重大民商事纠纷意指该纠纷的社会影响较大、涉及到的当事人较多等的民商事纠纷，对该类纠纷在行政调解过程中可以将听证会、辩论、谈判等程序纳入行政调解程序，对重大民商事纠纷进行公开、客观、公正的行政调解。

（二）理顺行政调解民商事纠纷与民事诉讼的关系

行政调解与诉讼均是化解社会纠纷的重要机制与不可或缺的渠道，二者的关系不顺畅必将致使这两种不同的纠纷解决机制相互间内耗对方的功效，我国目前规定凡是行政调解结案的民商事纠纷在当事人反悔而不履行行政调解协议的情况下，另一方当事人可以依法提起民事诉讼或者申请仲裁，笔者认为这样的规定在今天看来确有值得反思之处。理由有三：

1. 日本法著名法学家棚濑孝雄认为：“诉讼机制由于只关心权利义务的法定界限，往往排除了本来应该从纠纷的背景以及当事人的关系等纠纷整体出发寻找与具体情况相符合的恰当解决这一可能性。而且，由于强调权利绝对的排他的归属，所谓依法的判决常常导致当事人之间发生不必要的感情对立，引起当事人之间的长期不和。尤其是持续的长期关系下发生的纠纷，或者在解决要求当事人一方长期持续地履行义务的情况下，这种依法解决更成问题。”[②]所以，诉讼、仲裁等对抗性的纠纷解决机制并不是纠纷解决的最好选择，也不应该成为是最终的选择。

① 范愉．纠纷解决的理论与实践[M]．清华大学出版社，2007，第 305 页。
② [日]棚濑孝雄．纠纷的解决与审判制度[M]．王亚新译．中国政法大学出版社，1994，第 132 页。

2. 民商事往来中不少情况下当事人双方有着较为长期的、和谐稳定的交往关系，关系的维系对双方而言十分重要。当事人间由于种种原因出现纠纷并不代表他们的合作关系将会破裂，不少时候当事人间出现了纠纷，往往并不付诸于正式的纠纷解决机制解决，“付诸于诉讼、仲裁等对抗式的纠纷解决机制，虽然该机制可以权威地定纷止争，但对抗式解纷机制增添了双方的对立，极可能造成解决了一个纠纷却失去了一个商业伙伴的窘境，于他们双方而言这都是十分划不来的”。①

3. 不论是民事诉讼还是行政调解机制都是公权力性质的解纷机制，都是有规约有保障的纠纷解决机制，原则上说这两种不同的纠纷解决机制都可以权威性、妥当性地解决当事人之间的纷争，并不存在哪个比哪个更优越的可能，也不存在哪个高于哪个的可能与必要。

4. 我国正处于社会转型、经济转轨时期，这一特殊时期也是各类社会矛盾纷繁复杂、多发频发的时期。各种矛盾纠纷随着改革的深入而逐渐显现，面对这种局面，司法诉讼及仲裁越来越显得力不从心，而大量民商事纠纷的积压也引发了更多的社会问题。公平、公正、公开且高效地化解各类矛盾纠纷是当务之急。在这一特殊时期，行政调解后达成调解协议的纠纷还允许经由诉讼或者仲裁机制再施以处理，这无疑将浪费我国宝贵的解纷资源。

总之，笔者认为在当今时代下我们必须认真考虑行政调解在纠纷解决机制中的地位和作用，合理建构行政调解与司法诉讼之间的关系，笔者建议可以考虑对部分已经历经行政调解达成了调解协议的民商事纠纷明确规定不再允许提起诉讼或者申请仲裁。

（三）完善行政调解民商事纠纷的有关制度

1. 行政调解主体的专业化。行政调解是一种具有第三方干预性的帮助性谈判，调解主体的专业性，以及进行行政调解的主体能否保持中立性和权威性，对行政调解、和解协议能否达成起着决定性影响。目前，我国的行政调解一般根据民商事纠纷当事人的申请进行，临时组织的行政调解队伍由于对民商事纠纷涉及事项的不了解，可能因为没有基本的行政调解实践历练等种种因素，导致行政调解难以成功。因此，不专业的行政调解组织和调解人员不利于民商事纠纷的调解解决。为了使行政主体能够进行专业性、权威性的行政调解，笔者建议应当将行政调解人员和行政调解机构相对固定，可以根据民商事纠纷的性质确定解决该类纠纷的专业人员、建立专业的行政调解机构对其进行调解。

2. 行政调解程序的完善。行政调解具有灵活性、便宜性特点，从行政调解的过程来看，行政调解一般没有正式的程序规则，调解人员和民商事纠纷当事人间的交流也不受程序的限制。但是程序的灵活性并不代表行政调解机制不需要任何程序，不遵守基本程序原则的约束。行政调解主体调解行为的引导与规约，民商事纠纷当事人要达到自由的合意的理想状态，均离不开相应的调解规则，行政调解的程序性规则是确保各方主体活动指向同一个目标（化解纠纷）所必需的。笔者建议对一般民商事纠纷行政调解可以基于正当程序原则的基本要求灵活设计行政调解的程序，而对于重大民商事纠纷应该设计较为规范、正式的带有对抗式色彩的行政调解程序。

4. 司法确认行政调解协议效力制度。行政调解协议没有强制执行力是目前行政调解机制无法权威性运行的重要因由。2011 年颁行的《中华人民共和国人民调解法》创造性地确立了司法确认人民调解协议制度，有条件赋予了人民调解协议以强制执行力，不允许达成人民调解协议的当事人再行反悔。该法第 33 条第 1 款规定：“经人民调解委员会调解达成调解协议后，双方当事人认为有必要的，可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认，人民法院应当及时对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。”司法确认人民调解协议制度的确立维护与强化了人民调解的权威，激发了人民调解作为纠纷解决机制的生机与活力。②为了更好地发挥民商事纠纷行政调解机制的独特优势，维护与强化该机制的权威性是不可或缺的，可以考虑借鉴司法确认人民调解协议的作法，设置司法确认行政调解协议效力法律制度。

① 张显伟、钟智全. 论中国——东盟自贸区商贸纠纷解决商事调解及其作用发挥[J]. 学术论坛，2015（3）。

① 杜承秀. 司法审查人民调解协议的正当性分析[J]. 江汉大学学报（社会科学版），2013（1）。

意思表示与环境行政合同

梅献中*

摘　要： 近年来，通过订立环境行政合同保护生态环境逐渐成为政府治理环境问题的重要手段。在环境行政合同中，意思表示与民事合同一样，发挥着基础性的作用，意思表示是环境行政合同存在的基础。虽然环境行政合同有行政优益权的特殊性，但这种法律关系建立的基础依然是双方的合意而不单是一方的行政命令，合意达成的过程本身，就是意思表示功能的体现。实践证明，环境行政合同从订立到变更再到解除的整个过程，均不同程度地体现了意思表示的元素。意思表示适用于环境行政合同，应当完善相应的规则，如确认意思表示的行政法理念，完善环境行政合同的救济途径，加强行政程序立法。

关键词： 环境行政合同；意思表示；行政主体；行政优益权；行政救济

引言

近年来，我国的环境问题越发严重，从政府到社会的各个层面都在积极探求解决环境问题的对策，由于合同具有民主性、灵活性和权利义务明确化的优点，该方式逐渐被各级党委政府和相关法律主体所重视，学界对此的研究也在深化。“在当前政府法制建设中，出现了行政机关内部通过层层签订责任书的方式落实责任制的倾向，作为行政法研究无疑要将其纳入视野”。[①]实践中，行政合同有的直接称为合同，有的则叫目标责任书，根据不同的标准有各种不同的分类。[②]《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出，要“加强中央政府宏观调控职责和能力，加强地方政府公共服务、市场监管、社会管理、环境保护等职责。推广政府购买服务，凡属事务性管理服务，原则上都要引入竞争机制，通过合同、委托等方式向社会购买”。该重大决定直接指明了合同方式。为解决近年来突出的大气污染问题，《大气污染防治行动计划》（“国十条”）规定：“国务院与各省（区、市）人民政府签订大气污染防治目标责任书，将目标任务分解落实到地方人民政府和企业”。对未完成目标责任书任务的，该计划规定了具体的处罚措施。《京津冀及周边地区落实大气污染防治行动计划实施细则》规定：“国务院与京津冀及周边地区各省（区、市）人民政府签订大气污染防治目标责任书，将目标任务层层分解落实到各级人民政府和企业。”《大气污染防治行动计划》相

*梅献中（1969-），男，韶关学院政务学院副教授，硕士，律师，主要从事行政法学、环境法学教学与研究。
①余凌云. 行政法上的假契约现象——以警察法上的各类责任书为考察对象[J]. 法学研究, 2001,(5)。
②（1）以合同基于的行政关系为标准，行政合同可分为内部合同和外部合同；（2）按照合同内容的不同，行政合同可分为承包合同、转让合同和委托合同等；（3）根据当事人的性质或者主体的不同，行政合同可分为行政机关之间的合同和行政机关与个人、组织之间的合同。参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法学》（第 2 版），法律出版社 2009 年版，第 309 页。笔者认为，根据合同规制对象的不同，还可以分为环境行政合同、治安行政合同、教育行政合同、计划生育行政合同等。

比，该实施细则内容更加具体了。2014 年 11 月份，北京出现了难得的“APEC 蓝”。APEC 会议召开之前，为保障 APEC 会议期间空气质量，相关地方政府与列入名单的停（限）产企业和停工工地逐一签订了承诺书。同时，由各县（市、区）政府负责，对所有停（限）产企业和停工工地通过选派驻厂监管员、实行日报告制度等方式，落实责任书下达的目标。[③]《大气污染防治行动计划》和《京津冀及周边地区落实大气污染防治行动计划实施细则》都把目标责任书作为做好大气污染防治的重要手段加以推行，可见在环境保护领域，环境行政合同的重要性日益凸显。但是，由于理论研究的不足，对环境行政合同的内在机理、权责关系、救济方式等方面还有许多问题认识不够一致，尚待明确。本文对环境行政合同中行政相对人的意思表示问题加以初步探讨，以求教于方家。

一、环境行政合同的作用与意思表示理论

环境行政合同中是否存在着真正意义上的意思表示，意思表示对环境行政合同发挥着怎样的作用，应当如何加以完善等等，诸如此问题，长期以来，行政法学界、环境法学界并没有进行深入细致的探讨和梳理，更没有形成一个统一的认识。这些问题，不但影响了行政合同理论的发展，而且制约着环境行政合同实践问题的妥当解决，成为建立健全我国行政合同制度、实现环境法治实效的一个绕不开的课题。余凌云教授认为，对行政机关和行政相对人之间签订的各类责任书，是一种契约规制的实践，是一种特殊形态的合同。理由是：第一，外在形式上是采取协议方式；第二，是当前行政改革的趋势和重要举措，其中的很多问题，特别是在实践中出现不少行政机关推卸、转嫁责任，侵害相对人权益的问题，亟待法律规范和解决。[③]因此，对此问题进行深入探讨十分必要。

环境行政合同是环境行政主体为实现特定的环境管理目标、行使环境行政职能，而与行政相对人之间设立、变更或终止与环境管理直接相关的权利、义务的协议 。[③]与其他合同相比，环境行政合同主要有三个特征：一是行政性，二是环境性，三是合同性。所谓行政性，是指环境行政合同当事人中有且只有一方是行政主体，行政主体在环境行政合同中享有行政优益权，包括行政合同发起权（要约权）、行政合同履行的监督权和指挥权、行政合同单方变更或解除权、对相对人的制裁权等行政权力。所谓环境性，是指环境行政合同的目的在于直接实现环境管理目标，环境行政合同的内容为与环境管理直接有关的行政权利和义务，只有那些与环境行政管理直接相关的行政法上的权利义务才能成为环境行政合同的内容。环境性是环境行政合同区别于其他行政合同最主要的标志。所谓合同性，是指合同的订立基于双方意思表示一致而成立，合同的范围、内容由双方协商确定。近年来，环境行政合同在欧美

①新华网 • 发展论坛. 做好 APEC 会议期间大气污染防治工作.http://forum.home.news.cn/thread/134396300/1.html，2015-02-02 访问。
②应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社, 2009，第 311 页。
③钱苗苗, 巩固. 论环境行政合同[J]. 法学评论, 2004,(5)

日等环境法制发达的国家愈来愈得到广泛运用，也受到我国各级环境保护主管部门的日益重视，2015 年 1 月 1 日生效的新《环境保护法》第 21 条、第 22 条规定了以政府采购等方式鼓励支持环保产业发展的法律政策，行政合同当是其中最为重要的手段之一。环境行政合同的作用主要在于：

第一，环境行政合同可以弥补环境行政立法之不足。在我国，虽然环境保护法律体系虽已建立，但不够完善，原有法律法规可能已不再符合当前实际，会出现许多新情况、新问题。此时，如依传统行政法“权力法定”的原则，则环境行政机关对这些新情况新问题只能依照法律规定进行处理，既不能对不合理规定做出变通，又不能对法未规定之情形主动处理应对，从而造成环境行政实践上的僵化。而环境行政合同不需要法律的明确规定，行政机关可在与相对方沟通、协商的基础上通过合同的方式来设定双方的权利义务，从而大大拓宽了行政权力的作用范围，增强了行政行为的灵活性，从而更有利于环境管理。第二，环境行政合同有利于法律法规的灵活执行与运用。环境问题的一大特点在于地域性强，地区差异大，抽象的统一立法难以适应不同地区的不同情况。如果通过由行政主体与行政相对人根据实际情况商定的行政合同来规制，则可以有效的解决这个问题。第三，环境行政合同有利于调动行政相对方的积极性，从而更利于实现环境管理目标。环境行政合同将以往环境管理中行政主体与行政相对人之间的管理与被管理关系变为相对平等的合同关系，能在一定程度上缓和相对方的“抵触情绪”从而更利于相对方积极主动地履行合同约定的义务。第四，环境行政合同有利于保护行政相对人的利益，更好地实现环境管理中的利益平衡。环境行政合同把环境管理双方的权利义务具体化，对行政主体的权力范围明确界定，使其受到约束，有效防治了行政行为的任意性和不确定性，防治了行政主体权力的滥用。以上几点是环境行政合同近年来日益受到重视的重要原因，在我国环境问题日益凸显、传统治理方式日益滞后的情况下，重视并完善环境行政合同制度，已成为我们解决环境问题、加强环境法治建设的一项重要手段。

那么，意思表示作为整个合同制度的基础，在环境行政合同中，又发挥着怎样的作用呢？在行政法领域，尽管学界对行政合同概念的表述不尽相同，但“意思表示一致”（或“合意”）这个合同的核心要素却是几乎所有概念的共同点，学者们对此都下过基本相同的定义。如：行政合同是行政主体为了行使行政职能、实现特定的行政管理目标，而与公民、法人或者其他组织，经过协商，相互意思表示一致所达成的协议。[①]行政合同是以行政主体为一方当事人的发生、变更或消灭行政法律关系的合意。[②]行政合同又称行政契约，是指行政主体为了实现行政管理目的，与其他行政机关或公民、法人和其他组织之间，经双方意思表示一致所达成的设立、变更或者终止某种权利义务关系的协议，[③]等等。不管学者们对行政合同的概念如何界定，在这里，作为一种合同关系，没有当事人之间的意思表示一致，行政合同就不

①罗豪才，湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京：北京大学出版社，2006，第 263 页。
②应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社，2009，第 305 页。
③周佑勇. 行政法原论（第 2 版）[M]. 北京：中国方正出版社，2005，第 324 页。

可能达成，“意思表示一致”既是民法上的意思自治原则的核心要素，也是行政合同重要的构成要件，可以说，意思自治是所有合同关系建立的基础。虽然行政合同有行政优益权的特殊性，但这种法律关系建立的基础依然是双方充分的合意而不单是一方的行政命令，合意达成的过程本身，就是意思表示功能的体现，单纯剥离掉意思表示去谈行政合同问题，无异于“叶公好龙”，必将使行政合同实践出现南辕北辙的结果。易言之，以合同之名，行命令之实，是对行政权力的异化，将会出现余凌云教授提醒的“在实践中出现不少行政机关推卸、转嫁责任，侵害相对人权益的问题”。在建设法治政府的当下，我们对此问题加以深入研究，其价值不言而喻。

二、意思表示是环境行政合同存在的基础

（一）意思表示的基本要义

意思表示来源于民法上的意思自治原则。该原则又称私法自治原则，是指法律确认民事主体得自由地基于其意志去进行民事活动的基本准则。该原则是民事主体根据他的意志自主形成法律关系的原则，是对通过表达意思产生或消灭法律后果这种可能性的法律承认。[①]在合同领域，契约自由是意思自治原则在契约法上的体现，而意思自治是指个人可以按照自己的判断设定自己的权利义务，法律尊重个人的选择。按照意思自治的理论，人的意志可以依其自身的法则去创设自己的权利义务，当事人的意志不仅是权利义务的渊源，而且是其发生的根据。这一原则在整个以意思为核心的法律行为支配的私法领域内，均普遍适用，体现在契约法上就是契约自由的原则。契约自由原则的实质是契约的成立以当事人的意思表示一致为必要，契约权利义务仅当以当事人的意志而成立时，才具有合理性和法律上的效力。[②]意思自治有积极面相和消极面相之分。从其积极面相上来说，是自主参与与自主选择。从其消极面相上说，则包含两个方面：第一是自己责任，即自主选择带来的后果与他人无涉；如果该后果归结为对他人须负的责任，那么也只能自己承担；第二是过失责任，即咎由自取，咎由过失取。[③]在合同法上，意思自治原则的基本内容主要包括：第一，缔结合同的自由；第二，选择合同相对人的自由；第三，合同内容的自由；第四，变更和解除合同的自由；第五，选择合同方式的自由，等等。[④]

概括以上关于意思表示的论述，可以得出以下几点基本认识：第一，意思表示首先是私法领域内广泛存在的一种现象，而在合同领域内的功能尤为明显；第二，意思表示存在的基础是当事人的意志自由，只要不违反法律的强行性规定，这种自由就应受到法律的保护；第三，作为合同成立的必要条件，不依赖于外力作用的意思表示一致的形成，是一个至关重要

①王利明主编. 民法（第 2 版）[M]. 北京：中国人民大学出版社，2006，第 35 页。
②李永军. 民法总论[M]. 北京：法律出版社，2006，第 49 页。
③张俊浩主编. 民法学原理（修订第 3 版）[M]. 北京：中国政法大学出版社，2000，第 32 页。
④郑奇.论合同意思自治原则[J].法律适用,2001,(8)，第 27、28 页。

的因素，意思表示一致是意思自治原则的外化和体现；第四，意思表示不仅是一种抽象的价值存在，还是一种具体的实践活动，表现在合同关系中，就是从订立到变更再到解除的全过程，都有意思表示存在的空间。那么，作为不同于传统意义上的民事合同和规范意义上的行政行为的行政合同，是否也同样体现了意思表示，如果有，那应该是怎样的呢？笔者认为，意思表示同样体现在行政合同中，行政合同离不开意思表示。作为行政合同特殊表现形式的环境行政合同，道理同样。

（二）环境行政合同离不开意思表示

一般认为，与一般的民事合同相比，行政合同具有如下特征[①]：1.行政合同的当事人一方必定是行政主体；2.行政合同签订的目的是为了行使行政职能，实现特定的国家行政管理目标；3.行政合同以双方意思表示一致为前提；4.在行政合同的履行、变更或解除中，行政机关享有行政优益权；5.行政合同纠纷通常通过行政法的救济途径解决。[②]学界认为，行政合同作为游离于传统行政行为与民事合同之间的一种特殊形态，与具体行政行为的公权力、单方性、公益性和对外直接产生法律效力等特征相比，有着明显的区别，其表现为：第一，缔结行政合同的行为不是公权力之措施，因为它不像具体行政行为那样是建立在单方权威和服从的关系上，而是建立在双方关系之上。第二，与上述公权力密切相关的是在具体行政行为中行政机关可以将单方意志施加到相对人身上，并产生权威性的拘束力，而行政合同的法律效力，不像具体行政行为那样是单方意思行为，而是取决于双方当事人的意思表示一致。也就是法律效力发生的基础是不一样的。[③]

简言之，学术观点中关于行政行为与民事行为、行政合同与民事合同关系的区别主要在于行政主体的存在、行政优益权的行使以及实现公共利益的目的，这是行政行为区别于民事行为、行政合同区别于民事合同十分重要甚至是核心性的三个要件，至于“行政合同纠纷通常通过行政法的救济途径解决”这一特点，只能说明行政合同纠纷解决的外在方式，是对行政合同问题逻辑推演的结果，而不没有涉及到问题的实质。剩下的问题，就是行政合同关系的双方性、意思表示的一致性这两点了，如果没有对行政主体的存在、行政优益权的行使以及实现公共利益的目的这三个核心要件的辨析，就无法足以证成意思表示在行政合同中的存在性与影响力。不管如何，任何合同都是一种双方的合意，只是合意的程度有所差别，否则不能称为合同，更不能借用合同法的原理和规则调整有关社会关系，包括环境保护这个社会问题了。与单纯的行政命令就足以产生法律后果不同，合同作为一种双方法律行为，必须有两个方向相反的意思表示在规定期间内重合，而重合部分就是该法律行为的效果意思，即我们通常讲的“意思表示一致”，如果意思表示未能重合或者未能在规定的期间内重合，则不

①参见应松年主编《行政法与行政诉讼法》（第 2 版），中国政法大学出版社 2011 年版，第 305—325 页；罗豪才主编：《行政法学》（第 2 版），北京大学出版社 2006 年版，第 268—284 页；许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学研究综述（1949-1990），法律出版社 1991 年版，第 475—476 页等。
②罗豪才，湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京：北京大学出版社，2006，第 270 页。
③应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社,2009，第 307 页。

能成立。因此，双方法律行为因效力发生在双方当事人之间，故意思自治原则可以最大限度地贯彻。[①]在合同关系中，合意的重要性和必要性可见一斑。

那么，作为判别行政行为与民事行为、行政合同与民事合同的三个核心要件，即行政主体的存在、行政优益权的行使以及实现公共利益的目的，是否就成为行政合同约束意思表示功能的理由呢？笔者认为这种看法过于绝对，有违法理和实践。其一，表面看，行政主体的存在、行政优益权的行使以及实现公共利益的目的，是并列的三个条件，但实际上只是一个条件，即行政主体的存在。原因在于，行政主体一旦存在，就必然享有行政优益权，无论是基于法律的直接规定还是基于特定的授权，没有行政优益权的行政主体几乎是不存在的。其二，实现公共利益的目的是行政主体存在的必要性所在，是设置行政主体的政治和法理前提，无论是行政机关、法律法规授权的组织还是行政机关委托的组织，一旦赋予其行政职权，就是为了维护公共利益，不存在维护私利的行政主体。其三，作为行政主体，一旦采用合同方式与行政相对人发生权利义务关系，就意味着行政主体对自身单方意志的放弃或职权的部分让渡，表示愿意在法律允许的范围内与行政相对人进行交易，通过谈判谋求公共利益的最大化；除非不能谈判的内容，双方皆可充分协商，而这些方面，正是意思表示存在的基础和明证。其四，如前所述，行政合同是游离于行政行为与民事合同之间的一种特殊形态。这个命题中实际包含着两个变量，一是合意的程度；二是存在类似于行政行为的权力因素。从动态的角度讲，如果合意的程度逐渐递减为零，那么该形态就会发生质变，变为纯粹的行政行为。如果类似行政行为的权力因素递减为零，那么就变成了纯粹的民事合同。[②]相应地，随着合意的程度逐渐递减或者权力因素逐渐递减，意思表示的程度也会随之改变，合意的程度越小，意思表示的程度就会越低；权力因素越少，意思表示的程度就会越高，不存在绝对排除意思表示的从纯粹的行政行为、行政合同到纯粹的民事行为、民事合同之间的空白地带，社会生活远比理论抽象要丰富得多、复杂得多。可以说，只要需要意思表示一致才能解决的社会问题，就会有意思表示功能的作用，尽管意思表示一致的程度有差异。随着意思表示差异的不同，我们应当设置与之相应的运行规则和救济途径。传统行政法学观点之所以无法在行政合同中涵摄意思自治精神，在笔者看来，是因为过于强化了行政合同中的行政权力的作用，突出强调行政合同中行政主体和行政权力的刚性存在，忽视、淡化甚至排斥柔性行政的存在及其发展态势。公法、私法二分的绝对化理念导致无法容纳私法的意思自治元素，把意思表示视为绝对化的、只存在于私法领域内的独有现象，公法私法是一种凝固的、彼此割裂、无法融通的社会关系和法律领域。这些看法不但束缚了行政主体从事行政管理的灵活性，也限制了行政相对人充分保障自身权利的自主权，权利受侵犯时也无法找到充分的救济途径，行政合同理论的发展和制度之健全也随之受到一定程度的制约。打破公、私法的绝对二分，进一步拓展柔性行政、协商行政、参与行政等新型行政的发展空间，合理吸取私法中的有益成分，

①李永军. 民法总论[M]. 北京：法律出版社，2006，第 341-432 页。
②应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社，2009，第 310 页。

辅之以公法之发展，是行政合同制度，也是环境行政合同制度进一步发展的认识论基础。

三、环境行政合同中意思表示之体现

实践证明，环境行政合同从订立到变更再到解除的整个过程，均不同程度地体现了意思表示的元素。

1、环境行政合同之订立

行政主体之所以愿意采取合同的方式实现行政目标，纵然有扩大行政民主、实现政治参与，弥补立法不足、替代立法规制，以及更好地发挥行政相对人的积极性和创造性等目的，但利益最大化、成本最小化、效果最优化却是考量运用行政合同的原初动因，没有对利益的一番“精打细算”，在缺乏上级命令和法律规定的情况下，行政主体未必会采取环境行政合同的方式。试想，如果通过行政命令这种简便易行的方式就足以解决环境问题的话，行政主体为何采取相对复杂的、使自己也受到诸多责任条款限制的环境行政合同方式呢？显然，行政主体决定启动行政合同方式前，是经过一番考量和计算的，这种考量和计算，完全符合意思自治产生的法律经济学基础，与民事合同中的私法自治原理本无二致。

其次，行政主体决定运用环境行政合同来实现行政目标后，必然采取招标、拍卖、邀请发价、直接磋商等方式缔结合同，合同缔结的过程，也是行政主体和行政相对人相互了解、相互沟通、反复协商，最终达成合意即“意思表示一致”的过程，虽然其间行政主体的权力因素会有不同程度的呈现，但意思自治的元素终会充分体现。只要能更好地实现环境管理目标，不违反法律和上级的命令，行政主体通过意思表示一致与行政相对人订立环境行政合同的现象就会大量存在，这种尝试就应当得到鼓励。

第三，由于协商制度在行政合同制度中占据着枢纽的位置，所以，正像有学者指出的那样，在行政合同的缔结、内容的达成以及执行等各个阶段都应当贯彻协商的精神。协商的实质就是自由合意，是保证行政合同这种行政法上的行为方式从本质上符合合同根本属性的重要制度与措施。反思我国行政机关对行政合同手段的把握与运用，却对理应构成整个合同制度的灵魂与基石的协商精神缺乏应有的关注和理解，在具体操作上就存在将行政合同与行政命令同构化的问题。对这种实践的不良倾向应当予以彻底批判和扭转。[①]

为确保 2014 北京 APEC 会议的空气质量，京津冀地方各级政府广泛采用了签订环境保护目标责任书的方式，通过设定层层目标，把环保压力分解下去，希望实现一个理想的大气治理效果。但在理解行政机关这种苦衷的同时，是否也要充分考虑到行政相对人在签订目标责任书时意愿、动力和权利，给予其必要的意思表示的空间，以实现权利义务的平衡，而不是只下放了很大的责任，却分配了很少的权利。

①应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京:法律出版社,2009，第 319-320 页。

2、环境行政合同之变更

环境行政合同的变更是指现存环境行政合同基于行政机关的裁量权或其他法律事实，在不改变现存合同性质的基础上，对涉及合同主体、客体、内容的条款作相应的修改、补充和限制。行政合同的变更要基于以下两种理由：一是行政机关为满足公共利益的需要行使裁量权，单方面变更合同；二是因一定的法律事实的出现而导致行政合同的变更，如不可抗力等。行政合同变更后，原合同不再履行，双方当事人按变更后的权利义务关系行使权利，履行义务。[①]

环境行政合同之变更主要涉及对合同的主体、客体、内容的条款作相应的修改、补充或限制等方面。固然，行政主体由于其行政优益权的存在，对合同变更享有较大的自主权，可以根据行政目标的需要或政策的变化适时加以调整，要求行政合同的相对人“与时俱进”，跟上行政主体的“节拍”。但这种变更绝不是任意的、随心所欲的，它不但要受正当法律程序原则、信赖保护原则等行政法原则的支配，还要具备充分的事实根据和必要的法律依据。如果行政主体可以随心所欲变更合同条款的话，那么作为合同相对方的行政相对人的利益便时刻处于不确定的状态之中，随时有被侵害、剥夺的危险。行政合同本是规制双方的权利义务的“法锁”，此时却成了行政主体一方套在行政相对人头上的“紧箍咒”，这种以合同方式形成的关系到底是不是合同关系，就不无疑问了。为此，必须在符合行政目标、确保行政优益权的前提下，以意思表示原理规制合同双方当事人，尤其是行政主体一方，允许双方充分沟通和协商，在意思表示一致的基础上，把变更后的条款补充到原合同中。另外，为保障行政相对人的权利，应当允许相对人充分享有陈述权、申辩权和异议权，有权要求公开举行听证，甚至可以提起行政复议或行政诉讼等方式，以确保合同变更和履行的公正性。当然，基于中国现行的法律机制，上下级行政机关之间尚缺乏以行政复议或者行政诉讼解决环境行政合同争议的基础，至少目前条件还不充分。

3、环境行政合同之解除

相比合同变更而言，环境行政合同的解除对当事人来说影响更大，这就需要更加重视行政合同解除的条件、程序和结果的公正性等问题。按照学界的看法，所谓行政合同的解除是指行政合同当事人一方尚未履行或者尚未全面履行时，双方当事人提前结束约定的权利义务关系。行政合同的解除方式有两种：一种是单方解除，即行政机关基于自己单方的意思表示即可产生解除效力的解除方式；另一种是协议解除，即相对方提出解除合同的意思表示，在征得行政机关同意后提前终止行政合同的效力。[②]由于解除合同对行政相对人的影响甚大，所以，应在一方严重违约，且具有时间上的紧迫性，如不径行解除合同，将对公共利益造成不可挽回之重大损害时，才允许使用。比如，在国有土地使用权出让合同中，对于土地使用者未按出让合同规定的用途和条件开发利用土地的，土地管理部门可处以地价款总额 5%的

①罗豪才, 湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京:北京大学出版社, 2006，第 283 页。
②罗豪才, 湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京:北京大学出版社, 2006，第 283 页。

罚款，对在规定期限内拒不纠正的，土地管理部门无偿收回土地使用权没收地上建筑物、附着物（《深圳经济特区土地使用权出让条例》）[①]

上例中行政主体的合同解除行为带有单方性、惩罚性和强制性，但并非没有条件、没有对话协商、没有正当程序。首先，土管部门已将土地使用的条件提前公告，这是一种明确的意思表示，土地使用人一旦接受这些条件，就视为接受对方意思表示的约束，于是双方“意思表示一致”，合同成立。其次，如果土地使用者未按原合同规定开发利用土地的，土管部门并不是直接解除合同，而是允许使用者在缴纳罚款的情况下改进工作，可以继续使用土地、履行原合同，这当中体现了协商、对话、谅解、合作的精神，这既有行政自由裁量权的元素，也有意思表示的精神内核。试想，如果土管部门不允许任何折中回旋，径直解除合同，那对土管部门和土地使用人来说可谓双重损失：土管部门不但要清理原合同产生的各种债权债务，而且要重新以招标等形式出让该地，还可能造成对该地新的浪费；土地使用者投入巨资购得该地的使用权，占用了企业大量的资金，不但要支付银行贷款的利息，而且会因合同解除缴纳巨额罚款，加重企业负担，同时影响企业的信誉，合同解除对企业而言可谓损失巨大。如果允许对话、协商，彼此妥协，达成新的一致的意思表示，那么上述损失均可避免，也在最大程度上维护了公共利益，最能接近环境行政目标。可见，行政合同解除中贯彻一定程度的意思自治精神，具有重要的现实意义，对于拓展柔性行政、协商行政、参与行政等新型行政的发展空间，也不无价值。

2014 北京 APEC 会议的空气质量保障问题，是一个不能折中回旋、无任何讨价还价余地的重大政治任务，也与环境法的价值追求和基本原则相一致，京津冀各级地方政府和社会各界必须全力以赴加以保障。但是，目标责任的实现怕也不能求之过高、操之过急，因为环境问题、雾霾问题的出现不是朝夕之间形成的，而是多年来不合理的经济发展方式，加上多种因素叠加综合作用的结果，这就必然造成治理上的极大困难。因而，在签订目标责任书的时候，应充分考虑地方的实际情况，既要避免一开始目标定的过高无法实现，致使相对方消极应付，也要避免中途随意变更目标，擅自提高标准，更要避免随意解除目标责任书，以使相对方的辛苦努力前功尽弃。在这个意义上，做好前期论证，搞好调查研究，是环境行政合同成立的基础性工作，其影响是深远的。

四、环境行政合同中意思表示功能之完善

本文探讨环境行政合同中的意思表示元素，在于从一个新的角度分析看待环境行政合同这种特殊的合同形态，以丰富行政合同内涵，完善行政合同制度，进一步发展行政合同理论，使之更好地发挥在环境法治建设中的作用。笔者认为，意思表示适用于环境行政合同，应当

①应松年主编. 行政法与行政诉讼法学（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社,2009，第 316-317 页。

完善以下几项功能：

第一，确认意思自治的行政法理念。有学者认为，行政行为之意思表示作为公法上之意思表示，具有不同于私法或民法领域之意思表示的特性，在行政法内，基于依法行政原则，行政行为的目的系由法律明确设定，行政主体的管辖及权限，亦由法律所授予。因此，行政行为并无自然之意思，其内在意思由法律所赋予。所以，“支配民法以及私法意思表示理论之私法自治原则，并不适用于公行政之行政法意思表示。”[①]还有学者认为，意思表示系私人的行为，故政府机关的工作行为，或虽为私人的行为，但系以发生一定公法上效果为目的时，皆非此所谓“意思表示”，因而不产生私法上的效力；[②]非平等主体之间的关系，诸如行政协议，应由行政法来调整。[③]可见，私法上的意思表示理论和相应制度能否适用于行政合同，认识并不完全一致。但是，从学理上讲，笔者同样认为，“无论行政行为还是民事法律行为都属于法律行为的范畴，只不过是法律行为这一法学基本范畴在不同法学部门上的具体化而已。那么，作为法律行为，它们则又都是主体的一种意思表示，是沟通‘主观权利’和‘客观法’之间的桥梁。因此，行政法学界可以也需要引入意思表示理论来分析行政行为的内容和形式，以推动行政行为基本理论问题研究的深入发展”。[④]

探讨环境行政合同中的意思表示，未必要与“私法自治”原理画上等号，因为行政行为毕竟属于公权力范畴，无法贯彻私法自治的理念；即使完全意义上的民事合同，也因社会公共利益、法律的强制性规定以及人的认识理性的有限性等因素的影响，也无法贯彻完全的意思自治原则，所谓的私法自治是受到很多限制的。可以说，所有的意思表示都是不完整的、有限度的、有缺陷的，这种局限性的存在，恰为意思表示原理纳入行政合同提供了契机。行政合同中公权力介入程度的不同，意思表示的程度也相应增减，在公权力无需介入的领域，适用意思表示的规则；在公权力不便行使的情况下，也可以适当适用意思表示的规则，而不是把公法和私法、公权力和私权利划分得截然分明，相互不可僭越，否则既无助于法律的发展，也无助于实践的需要。

第二，完善环境行政合同的救济途径。学界认为，由于行政合同纠纷不同于民事合同纠纷，其法律救济不应只适用民事诉讼程序，而应考虑同时可以适用行政法上的救济途径，[⑤]在法律上有规定的情况下，甚至还可以处理行政诉讼附带民事诉讼。[⑥]其原因在于，行政合同是基于当事人真实意思表示一致而成立的，这种合意成了对行政合同纠纷进行调解的法律基础，因而行政合同纠纷可以参照适用民事诉讼的调解方式和程序解决；同时，由于行政合同纠纷承担的责任形式主要是赔偿责任，那么，在处理行政合同纠纷时，可以适用民事法律的

①陈敏. 行政法总论[M]. 台湾 1999, 第 2 版. 转引自周佑勇. 行政法原论（第 2 版）[M]. 北京：中国方正出版社, 2005，第 721 页。
②王泽鉴. 民法总则[M]. 北京：中国政法大学出版社, 2001，第 335 页。
③马俊驹, 余延满. 民法原论（第 2 版）[M]. 北京：法律出版社, 2005，第 507 页。
④周佑勇. 行政法原论（第 2 版）[M]. 北京：中国方正出版社, 2005，第 203 页。
⑤罗豪才, 湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京：北京大学出版社, 2006，第 284 页。
⑥应松年主编. 行政法与行政诉讼法（第 2 版）[M]. 北京：中国政法大学出版社, 2011，第 399 页。

有关规定。[2]进一步而言，由于行政合同纠纷中包含了民事性质的成分，无论是法院还是其他解决行政合同纠纷的方式中，处理行政合同争议时都应当同时适用相关行政法和合同法等民事法律制度。[3]

上述观点，一方面印证了行政法学界对合同法原理和有关规则适用于行政合同这一认识的一致性达到了较高的程度，另一方面，也潜在地说明了意思表示作为合同法的精髓和根基，其在行政合同中的适用已建立了一定的认识论基础。在具体规则层面，笔者认为：(1) 应建立环境行政诉讼附带民事诉讼制度，附带解决环境行政合同纠纷，同时准予适用合同法等民事法律。(2) 建立健全环境行政争议和行政诉讼调解制度，对于经济纠纷、合同纠纷等以财产为主要标的的行政纠纷，先于或者同时适用调解制度解决。(3) 借鉴某些西方国家的做法，创建独立的环境仲裁机构和环境仲裁制度，解决环境行政合同争议。(4) 完善环境行政复议制度，对行政主体和行政相对人因环境行政合同争议产生的问题进行一体解决，赋予行政主体对行政合同中的复议申请权。(5) 引入听证制度，由相对独立的第三方机构主持听证，对环境行政纠纷进行公开申辩、质证、辩论，将听证意见作为环境行政合同重大变更或解除前的一个重要参考依据，等等。当然，基于中国行政法治发展的现实国情，上述规则更适合于一方作为行政机关，而另一方作为非行政机关的公民、法人和其他组织之间。

第三，加强行政程序立法。建设以宪法为核心的有中国特色的法律体系、实现依法治国的目标需要大量的行政程序立法作为规范行政权力、保障公民权利的基础。[3]在即将制定的行政程序法中，有必要确立公开原则、公正原则、参与原则和效率原则，有必要将听证制度、告知制度、说明理由制度、信息公开制度等制定在行政程序法中，同时专章设立行政合同条款，对行政合同的订立、变更、解除及其条件、步骤等问题做出明确的规定，规范权力的行使，预留意思自治的空间，发挥行政程序法解决环境行政合同纠纷的重要作用。

①罗豪才，湛中乐主编. 行政法学（第 2 版）[M]. 北京：北京大学出版社，2006，第 284 页。
②应松年主编. 行政法与行政诉讼法（第 2 版）[M]. 北京：中国政法大学出版社，2011，第 199 页。
③应松年主编. 行政法与行政诉讼法（第 2 版）[M]. 北京：中国政法大学出版社，2011，第 220 页。

软法视域下的互联网治理

陈可翔*

摘要：随着技术的日新月异及受众的日增月盛，互联网正沿着智能化、产业化、生态化的道路高速发展。无疑，其创造了新型的交流方式，整合了庞大的搜索资源，改变了传统的产业结构，但在罗列功勋的同时，我们仍不能忽视当前互联网时代所面临的治理难题。本文从“快播”案件引入，结合近期互联网领域出现的各类事件，对传统互联网治理问题进行概括，以此表达转变政府监管思维，引入软法治理的必要性，并针对软法的适用、软法与硬法的衔接等问题，进行一些思考，以祈对解决互联网治理问题有所帮助。

关键词：互联网；法治；软法；硬法

一、当前互联网治理存在的问题

2016 年 6 月 21 日，广东省高级人民法院公开审理“快播”侵害部分腾讯视频网络信息传播权案件。这个被媒体称之为“快播余罪”的案件时隔五个月后再次将深圳快播科技有限公司推向了舆论的风口浪尖，关于提供技术是否侵犯知识产权？罚款认定标准中非法经营数额如何确定等问题的争议引发了专家和网民的激烈讨论。笔者认为，对于“快播”案件的探讨不该只停留在其本身。通过将之与日前的“魏则西事件”、“微信赌博事件”等联系在一起便不难发现，互联网的高速发展，在为我们提供便利，创造产值的同时，也伴随许多新问题的产生。观察、透析这些新问题逐步暴露到引起巨大反响的整个过程，无不折射出一种发展与规制之间的不平衡，无不体现着政府监管部门对于互联网治理的无力感。

（一）传统治理模式的滞后性

对于互联网领域出现的许多问题，政府总是以一种亡羊补牢的姿态出现，甚至在影响扩大之后才出现。对快播公司进行行政处罚的时间恰好体现了这一点。快播公司成立于 2007 年，刚起步便是以流媒体作为核心技术，即通过播放器向网友提供影音节目，这也是其之后经营的核心业务。而深圳市场监管局于 2014 年 6 月才对其业务侵犯知识产权进行行政处罚，也就是说，七年时间里，对播放媒介的监管几近空白，可见监管部门在该领域正处于一种后知后觉的被动地位。无独有偶，日前发生的“魏则西事件”中，监管部门也是在众多网民对百度推广进行口诛笔伐之后，才介入对百度业务的调查整改当中，这种用生命唤起的迟钝反应，发人深思。

个案的解决与问题的分析同样紧迫。笔者认为，传统治理模式的滞后性，主要体现为如

* 陈可翔，广东外语外贸大学法学院研究生。

下两个方面：其一，立法的滞后性。立法活动程序严、周期长、成本高，这与互联网的高速发展形成一种潜在的矛盾[③]，面对互联网技术的日新月异，立法总有一种跟不上节奏的感觉。而行政主体需遵循的是法无规定不可为原则，在没有法律、行政法规等相关立法文件规定的情况下，其并无监管权限。相反的，作为技术开发者、运用者，法无禁止即自由的理念在为他们保驾护航。这也是立法滞后性所引发的在互联网监管领域的现实冲突；其二，监管方式滞后性[②]。当前，问题扩大、群众举报成为相关部门关注互联网治理问题的主要动因。正如P2P网络借贷导致的“跑路事件”频发一般，监管方式的滞后性使得相关部门一直处于被动的地位，缺乏前瞻性，无法从源头上发现问题，防止不良产业的泛滥化。同时，监管方式滞后性也间接导致了互联网立法缺乏现实依据的现象产生。

（二）单一治理主体的专业性、技术性不足

以国家监管为主导的传统治理模式，表现出来的专业性、技术性不足，是导致其滞后性的直接原因。“快播”案件中，快播公司以其只是提供搜索功能，自身并无传播行为作为主要的抗辩事由，这成为学界争论的焦点，加大的违法认定的难度。此外，罚款需要根据侵害知识产权的非法经营所得来计算，2.6亿元的罚款数额的认定是否是深圳市场监管局基于对快播传播盗版文件盈利方式充分了解、取证的情况下做出，也备受质疑。不难发现，受到技术的限制，政府监管部门在互联网领域无论是在发现问题，还是在处理问题方面都显得捉襟见肘。事实上，与快播从事相似业务的科技公司大量存在，其产品多数大同小异，甚至互联网行业龙头，大多也以这种播放媒介起家，而至今为止，还没有一个具有针对性的法律法规出台，为此确立一些的标准，恰恰说明了传统立法体系对互联网技术知识的匮乏[③]；前不久引起关注的“微信发红包赌博”事件为什么屡禁不止？是因为社交软件技术将监管部门挡在门外，阻隔了监管视野，造成发现困难、举证困难等问题的出现，“门外汉”成为行政机关的代名词。可见，专业性与技术性匮乏是当前互联网治理模式的一大弊病。

（三）治理理念落后，不适应互联网发展

传统的治理理念有三个显著的特征：其一，条文主义。传统的治理理念强调国家强制力的保障，以法律、行政法规等相关规定为主要行动准则；其二，强调国家治理，政府主导。传统的治理理念也被称之为国家统治理念，其认为国家在社会管理当中充当独一无二的角色；其三，刚性，奉行以罚代管、重罚的观念。遵循“命令—服从”、“违法—制裁”的治理模式[④]。大多数行政主体在履行监管义务时，看重以罚代管、重罚的处理思维。对快播公司的天价处罚正是这种传统治理理念的有力佐证。在快播成立到发展的过程中，缺乏法律法规的具体规定，政府更像一个旁观的门外汉。而当有问题出现时，监管部门便以专业裁判者的角色强势登场，甚至不考虑2.6亿元的罚款是否会流于形式，其监管合法性与合理性不免遭受质

①罗豪才，周强：《法治政府建设之中的软法治理》，《江海学刊》，2016年第1期.
②罗豪才，苗志江：《社会管理创新中的软法之治》，《法学杂志》，2011年第12期.
③姜明安：《软法的兴起与软法之治》，《中国法学》，2006年第2期.
④罗豪才，周强：《法治政府建设之中的软法治理》，《江海学刊》，2016年第1期.

疑。

显然，这样的治理理念是不适应互联网的高速发展的。首先，条文主义的治理理念，使得国家在治理的过程中过分强调法律规范的作用，而忽视了立法的滞后性与互联网发展速度之间的潜在矛盾；其次，强调国家治理，政府主导的治理理念，忽视了公众、社会组织参与协商的重要性以及自身的技术不足；最后，刚性的治理理念在一个开放的生活系统中容易引起国家与公民的直接冲突。以罚代管、重罚的观念也只是有利于互联网中个案的补救，对于从整体上解决互联网发展出现的问题，效果甚微。

二、解决互联网治理问题呼唤软法

提出问题，目的在于解决问题。上述治理问题的出现，揭示了以国家为唯一“合法”治理主体，以法律法规作为治理支撑的传统治理模式在应对互联网发展的挑战时，出现了局部失灵的现象。互联网时代呼唤一种与之齐头并进，更具技术性的治理手段，从而构建出更为开放、灵活的治理模式，基于此，软法登上互联网治理的舞台。笔者认为，当前要构建互联网领域新型治理模式，引入软法治理，转变治理理念切中肯綮。

（一）转变传统治理理念

治理理念决定治理方式，引入软法治理需要理念先行。互联网的高速发展弱化了社会二元对立和政府主导的治理模式，政府、社会组织、公民，这三者已经不再是简单的管理与被管理的关系[①]。社会组织、公民逐步参与到社会治理当中，与政府形成互动关系，是参与制民主发展的必然趋势[②]，也是互联网思维的必然要求。在这种情形下，转变治理理念应做到如下三点：

首先，遵循以人为本的原则[⑤]，从权力本位向权利本位转化。以人为本，即要求国家尊重人的基本权利，把人当人看。在互联网领域体现为政府监管应当尊重公民的言论自由权，寻求人的全面发展。转变原有的控制思维，培养服务思维，立足于为互联网参与者营造一个民主、开放、安全的互联网环境。

其次，遵循刚柔并举的原则，发展柔性治理[④]。国家治理不可能完全摒弃强制手段的保障，但互联网治理要求更多的公众参与、民主协商。政府以一种提供服务的形象出现，在与社会组织、公民的互动中，了解互联网问题所在及服务需求，运用指导、纲领、建议等形式参与互联网发展，借此提高自身的治理水平和服务质量。

最后，遵循辅助监管与公共治理原则[⑤]，尊重行业自治。正如前言，受技术限制，政府

①陈惊天，耿振善：《互联网时代呼唤软法硬法的协同治理—专访罗豪才教授》，《人民法治》，2015年12期.
②姜明安：《软法在推进国家治理现代化中的作用》，《求是学刊》，2014年第5期
③罗豪才，苗志江：《社会管理创新中的软法之治》，《法学杂志》，2011年第12期
④同上
⑤沈岿：《互联网经济的政府监管原则与方式创新》，《国家行政学院学报》，2016年第2期.

在互联网监管领域存在滞后性及专业性不足等问题。相反，互联网技术创造者和经营者比政府更为了解这个行业所存在的问题以及这个行业的发展轨迹，因此在互联网领域，政府应当充当一个辅助监管的角色，让行业自治走在前头，保证治理结果的合理性和权威性，只有当行业自治失灵时，政府才从幕后走向台前。

适度监管依赖于公共治理的有序开展。互联网的公共治理所强调是充分发挥企业、行业组织等社会权力主体的自治作用，发挥政府的引导作用。应当对企业章程、行业自治标准等软法予以承认和鼓励，以实现互联网行业的自律和互律。

（二）引入软法治理

治理理念的转变，为互联网引入软法治理方式铺平了道路。而正确运用软法治理，又需要我们结合互联网的发展状况，对软法的概念、优势、分类、具体适用方面内容进行简要的分析。

第一，软法的概念。软法是与硬法相对的概念，两者存在共通之处，即都要在宪法的框架下运转，都要遵循法治原则，是法治的两个有机组成部分。罗豪才教授认为，“硬法是由国家创制的，具有强制力的法规范体系，而软法是不能用国家强制力保障实施的法规范体系[①]。”事实上，软法的制定主体、形式均呈现多样化。笔者认为，关于软法与硬法之间的区分，应该围绕三个标准来界定，其一、是否为有权机关制定；其二、是否有严格的制定程序；其三、是否有国家强制力保障实施。如果规则同时满足以上三个标准，则可以认定其为硬法；如果规则缺少以上任意一个标准，则可以认定其为软法。虽然软法不依赖强制力保障实施，但并不代表软法不存在任何拘束力，其效力主要通过参与者自觉、利益驱动、舆论压力等机制来实现。

第二，软法的优势。治理困境所需与软法自身的优势相互结合，可以得出在互联网领域引入软法治理的必然性。其一，灵活性[②]。软法制定的程序灵活，可以基于指导、建议、协议等方式产生，使之得以迅速出台，这足以在互联网治理领域弥补传统治理模式滞后性的缺点；其二，技术性。各行各业都可以制定软法，例如，行业自治标准，这便是技术性的体现。通过行业自治标准在互联网治理中实现自律和他律，使处理的结果更具有合法性、合理性和权威性；其三，内容广泛性。互联网的发展不仅仅体现在技术的革新，也表现为产业的多样化发展，例如互联网金融、社交软件。软法往往能更广泛地参与到这些新兴产业当中，以辐射到互联网领域的硬法盲区；其四，民主性。并不是所有行业主体均能够参与到传统立法活动当中，而软法不同。软法更注重协商和参与，例如，一个行业自治标准的制定，需要行业中的成员的共同参与。在互联网中引入软法，可以使其治理方式更能反映出共同利益；其五，制定成本低。传统的治理模式，无论是硬法的制定，还是政府的监管，都表现出成本高的缺陷[①]。互联网问题层出不穷，“立法再立法，监管再监管”的模式，容易造成资源浪费。软法以引导、协商为主要形式，可以极大地降低成本。

第三，软法的分类。立足互联网治理，对软法进行分类，有助于更好地适用软法。笔者认为，当前软法主要存在如下几种类型：其一，国家机关制定的纲要、指南、规划等具有指导性、号召性的法规范[②]，例如，《促进大数据发展行动纲要》[③]、《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》[④]；其二，自治章程。广义的自治章程主要包含了基层自治组织章程、企事业单位内部管理章程和社会团体管理章程三种[⑤]。在互联网治理领域，我们更多关注后两种，即互联网企业以及互联网行业协会的内部管理章程；其三，行业行动倡议。例如，2015年10月，由阿里巴巴、百度、腾讯等6家企业共同发布的《关于“清朗网络环境，文明网络行为”的联合倡议》；其四，行业自治标准[⑥]。即由互联网各个行业共同参与协商，制定出对具体问题的统一标准。例如：2016年6月，由中国互联网协会发布的，我国第一个互联网服务标准，《互联网服务统计指标-流量基本指标》。

第四，软法的具体适用。理论的探讨终究要回到具体适用上来，否则便是空谈。在互联网治理领域引入软法亦是如此。笔者认为，软法的具体适用要结合分类来谈。首先，国家机关可以制定纲领、指南等号召性、指导性法规范来确立互联网治理的精神，引导互联网自治，号召行业协会、企事业单位、公民等多方主体参与到章程、标准等自治规则制定中来。例如，《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》[⑦]的出台，确立了国家层面规范网贷市场的精神，此后部分网贷行业协会也根据该《指导意见》来制定具体的标准；其次，政府在实际监管中，应当把握好辅助监管的定位，通过互联网企事业单位，行业协会自己制定章程，自我管理的形式来发挥公共治理的作用，例如，滴滴打车软件为了化解外界关于乘客安全问题的疑虑，要求滴滴司机必须都经过驾驶证、行驶证和公安机关认证等环节；又如，阿里巴巴建立一套假货鉴定系统，也是以一种企业自治的形式减少电商假货的泛滥；最后，互联网行业协会、企事业单位应当通过行业行动倡议、行业自治标准等软法形式，保证互联网的健康发展，降低政府的监管难度，保护公民的知情权和信赖利益。例如，《关于“清朗网络环境，文明网络行为”的联合倡议》便建立起一种属于互联网的精神契约，为抵制淫秽、恶俗的产品进入互联网发挥了由内到外的巨大作用。行业自治标准的制定，体现了软法专业化的一面。

①陈惊天，耿振善：《互联网时代呼唤软法硬法的协同治理—专访罗豪才教授》，《人民法治》，2015 年 1 期.
②罗豪才，宋功德：《认真对待软法—公域软法的一般理论及其中国实践》，《中国法学》，2006 年第 2 期.

①同上
②罗豪才：《通过软法的治理》，《法学家》，2006 年第 1 期.
③2015 年 8 月 31 日，由国务院以国发〔2015〕50 号印发，该《纲要》分发展形势和重要意义、指导思想和总体目标、主要任务、政策机制 4 部分.
④2015 年 7 月 6 日，由国务院印发，包含行动要求、重点行动、保障支撑三个方面内容.
⑤石佑启，黄喆：《法治社会建设中的软法之治》，《法治社会》，2016 年第 1 期.
⑥毕洪海：《软法的类型化》，载罗豪才、毕洪海主编：《软法与治理评论》（第 1 辑），法律出版社 2013 年版，131-133 页.
⑦2015 年 7 月 18 日，由中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室联合发布.

其为互联网自治、政府监管提供了一套较为明确的衡量标准，降低了政府监管的难度，同时也为公众认识、投资互联网产业提供了参考依据，保障了公民权利。例如，建立P2P网贷公司的资质标准，保障互联网金融安全。

三、软法治理值得重视的问题

事物的发展总是存在利弊两性，软法的具体适用，同样存在着一些值得重视的问题。妥善解决这些问题，有助于软法更好地服务于互联网治理。

（一）软法制定的程序性

软法制定过程中成员的参与程度及共同利益的代表性决定其公正性、权威性。以互联网行业为例，当前，我国行业协会章程以及行业自治标准的制定普遍存在如下两个问题，其一，行业龙头企业既是运动员，又是裁判员。在行业自治标准的制定上，龙头企业往往占据着主导地位[①]，成为这些标准的实质制定者、最终利益收获者，中小企业面临“人小言卑微”的困境。例如，百度推广盈利模式存在多年，为何从未有同行业者提出异议。正是因为其垄断了搜索行业的大半江山，成为实实在在的标准主导者，要不是“魏则西事件”，想必百度整改遥遥无期；其二，存在公权力变相主导行业自治章程制定的可能性。以互联网证券专业委员会、互联网金融专业委员会的成员为例，其成员不乏监管部门及其成员或者国有企业单位及其成员，这些成员的意见存在主导自治章程的制定的可能性。

引入软法治理互联网问题，就应当尊重“民主，开放，参与，共享”的互联网思维。软法最大的优势就是规制对象的广泛参与[②]，缺乏民主协商的软法治理效果可想而知。因此，在软法制定的过程中，应当建立的完善表决机制，例如在行业自治标准的制定过程中，参与协商的中小企业数必须达到一定的数量，防止标准出现“大佬”色彩；应当强调政府的辅助监管原则，建立行业救济机制，防止政府干预行业自治情形的出现。

（二）软法内容的合法性、合理性

对于软法来说，实体正义与程序正义同等重要。软法要实现实体正义，要求其内容具有合法性、合理性。

笔者认为，软法内容的合法性主要强调两个方面的问题，其一，软法要在宪法、法治原则的框架下运行，不与现行法律、行政法规等硬法规范相抵触[③]。例如，电商行业所确立的对消费者的赔偿标准，不应当低于《消费者权益保护法》的赔偿标准；其二，行业自治章程、自治标准以及行业倡议等自治性软法，不能与国家层面制定的软法（纲要、建议）所提倡的精神相违背。例如，各个网贷行业协会标准都要在《关于促进互联网金融健康发展的指导意

①邓建鹏，黄震：《互联网金融的软法治理：问题和路径》，《金融监管研究》，2016年第1期.
②姜明安：《软法的兴起与软法之治》，《中国法学》，2006年第2期.
③罗豪才：《软法研究的多维思考》，《中国法学》，2013年第5期.

见》的精神下制定。

软法内容的合理性则要求行业自治标准不仅要注重行业发展的利益，也要兼顾公众利益。忽视公众利益保护的行业自治标准，是难以让人信服的。以支付宝，微信支付等互联网支付平台为例，互联网支付行业的自治标准不应当只关注行业技术指标、产业化等行业利益问题，更要关注客户资金安全、支付快捷性等公众利益问题。只有两者兼顾，才能保证软法内容的合理性。

四、互联网治理中软硬法的衔接问题

互联网时代呼唤软法治理，但这并不意味着对硬法的废弃。有效的治理模式，应当保证自律与他律的同时存在，因此，刚柔并济，协同治理是互联网治理的趋势所在。问题在于，引入软法后，什么情况下使用软法？什么情况下使用硬法？这涉及软硬法在功能上的衔接问题。笔者认为，软硬法的衔接应当坚持互联网自我监管、政府辅助监管的原则。

首先，在硬法滞后，技术性不足的地方，坚持自我监管，适用软法。如前所述，互联网引入软法的客观原因在于硬法滞后与技术发展之间存在矛盾，因此，软法的适用领域，自不待言。用行动纲领、行业自治标准等软法形式在互联网领域实现自治，可以有效的弥补硬法的不足。

其次，当软法治理出现失灵时，硬法要跟上。软法致力于化解互联网硬法空白、政府监管力不从心的问题，但拘束力不足仍是软法的硬伤。因此当出现软法失灵的情形时，仍需硬法运用强制力来为互联网发展保驾护航。例如，当播放媒介的“鉴黄系统”、电商平台的“打假系统”瘫痪，导致淫秽物品、假货泛滥时，便需要硬法予以规制，这也是辅助监管原则的体现。

最后，刚柔并济的治理模式，需要硬法时刻关注软法治理的动态。软法与硬法的衔接，并非是静态的、按部就班的，而是一个动态的、发展的过程。特别在互联网治理中，硬法不能静止不前，与软法治理拉开差距，最终导致治理能力的丧失。相反，应当时刻关注软法的发展动态，及时将成熟的软法以硬法的形式确定下来，保障软硬法的动态平衡。

五、结语

诚然，“快播”案件、“魏则西事件”、“微信赌博事件”等等互联网热点会随着时间的推移逐渐淡出在公众的视线，但其带来的关于互联网治理问题的思考，足以成为我们反思当下，寻求革新的巨大动力。党的十八届五中全会，将网络强国战略纳入“十三五”规划当中，提升为国家战略。显然，网络强国必须具备两个特征：技术化与法治化。面对互联网的法治化建设要求，传统治理模式应当对互联网高速发展带来的挑战做出了强有力的回应——

引入软法。软法视域下的互联网治理，体现了互联网“民主、开放、参与、共享”的思维，为解决硬法治理滞后性、技术性不足、成本高等问题开辟了新道路。当然，软法的引入不可能一蹴而就，适用过程中仍有许多问题亟待解决，这不仅需要我们在实践的过程中，促进软法与硬法之间的协调，保障行业协会、公民的广泛参与，更需要更多的学者加入到软法治理理论的探讨中来，让互联网行业在法治呵护下，健康成长！