

《保守国家秘密法》修改述评

周汉华

摘要 本文对保密法修改的几个重大问题进行了系统阐述。作者提出，公开与保密不可分割，本次保密法修改确立了公开优先的原则，等于隐含确认了公开是原则、保密是例外；保密行政管理部门应该准确定位，主要承担决策与监督职能，不应沦为一般的行政执法部门；本次保密法修改的缺憾在于未能在决策权的统一和充实保密行政管理部门的监督手段方面有更多的制度创新。

关键词 保密法修改 公开与保密 职能定位 决策与监督

作者周汉华，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员。

保密法修改经过全国人大常委会三次审议，于2010年4月29日顺利通过。保密法修订工作虽然暂时告一段落，但保密工作不会结束，保密法适用更是即将重新开始。本文结合这次保密法修改，对几个重大问题谈些自己的看法，希望能够为准确认识和适用保密法提供一些有益的参考。

一、保密与公开的关系

如何处理保密与公开的关系，是保密法修改过程中的核心问题，也可以说是整个制度的基石。具体而言，有两个问题需要回答：第一，保密与公开是否有关系？第二，两者之间是什么关系？

对于第一个问题，看起来似乎有些多余，因为从来没有人公开否认过两者之间的紧密联系。但是，由于受历史传统、现实国情、部门管理体制与部门法划分等因素的影响，以前的实践中两者实质上是一直分割的。不但很长一段时期里一直重保密、轻公开，导致两者之间的发展极不平衡，一条腿长、一条腿短，而且实际保密管理工作中也很少从公开角度思考保密制度的完善，最后导致定密过多、过滥，影响了保密工作的实效。同样，《政府信息公开条例》（以下简称“公开条例”）2008年5月1日实施之后，因为缺少保密制度的支持，实施面临较大的困难，保密经常成为某些政府官员逃避信息公开义务的一个借口。因此，不论是制定公开条例还是修改保密法，都必须考虑和协调两者之间的关系，只有两条腿走路，才能实现双赢结果，该公开的充分公开，该保密的有效保护。公开条例应该说在这方面进行了有益的尝试，在基本原则、公开的范围、公开的程序、监督

“保密范围偏宽，密级过高，定密随意，是长期存在的问题。该公开的信息不公开，该保密的信息保不住，是当前保密工作存在的比较突出的问题”。郭杰：《我国政府保密工作的现状》，载《环球法律评论》2002年秋季号。

参见杨明：《信息公开，保密法修订之痒》，载《民主与法制时报》，2009年5月4日；对信息公开与保密相互关系的论述，参见王锡锌：《政府信息公开语境中的“国家秘密”探讨》，载《政治与法律》2009年第3期。

检查、法律责任与救济等相关环节都做了相互衔接的制度安排，以期实现信息公开与保密制度的良性互动。对比之下，修订草案有些就保密论保密，没有给予信息公开充分的考虑。二次审议稿相比修订草案更为全面的地方在于，它在更多环节上将保密与信息公开一并考虑，更多兼顾到了两者之间的关系，视野更宽，立意更高，因此受到各界好评。但是，二次审议稿仍然存在一些缺陷，如对于以保密为借口故意阻扰公开的各种行为并未增设相应的法律责任，推动公开的力度有些不够。最终稿比二次审议稿更为科学的地方在于，它不但在总则部分（第4条第2款）明确规定“法律、行政法规规定公开的事项，应当依法公开”，并且明确了对不应当定密的事项定密，同样也要追究法律责任，以防止滥定密，客观上必然会推动公开的进程。可以看到，保密法修订每审议一次，公开的分量就加重一次，保密与公开的关系也就更加紧密。

对于第二个问题，目前主要有两种观点：多数人认为，公开是原则、保密是例外应该是处理两者关系的基本原则，也是国际惯例；也有观点认为，“讲公开的时候公开是原则，讲保密的时候保密就是原则”。由于原则问题至关重要，直接关系到法律的适用，有必要对两种观点的正确性进行科学的分析和比较，尤其需要对本次修法的意义有一个清醒的认识。

首先，就国家机关与人民的关系而言，第一种观点更能体现我国人民民主专政的社会主义国家的国家性质。根据宪法规定，人民是国家的主人，国家一切权力属于人民，各级国家机关由民主选举产生，为人民服务，对人民负责，受人民监督。作为公仆，各级国家机关必须首先让人民有知情权，让人民知道国家权力是如何行使的，让权力在阳光下运行。人民享有了知情权，才谈得上监督政府机关的工作，行使当家作主的民主权利。可见，公开是人民主权原则的必然要求，也是现代法治政府的一项通行原则。只有在公开可能会危害到国家安全和利益（其实也就是危害到人民的根本利益）的情况下，才可以限制公开的范围和时间，采取必要的保密措施。因此，只要坚持公开是原则、保密是例外，保密也是为了维护人民的根本利益，它本身既不是目的，更不可能是原则。如果采用第二种观点，将公开与保密都作为原则并列，不但混淆了不同层面的问题（公开作为原则是在国家制度层面，而保密作为原则顶多只能是在保密工作层面），难以准确反映人民与国家机关之间的主从关系，实践中可能导致保密本身成为目的，公开变成为政府机关的恩赐，甚至可能会出现保密为原则、公开为例外的结果。

其次，就逻辑关系而言，第一种观点更为科学、严谨。公开条例确立的公开为原则、不公开为例外，原则和例外所指向的对象是同一的，都是就整个政府信息而言的，符合逻辑上的一致性和同一性要求。第二种观点的逻辑弊端在于将种属概念并列，将完整的政府信息划分成了两个部分，从一元论变成了二元论，变化了概念指向的对象。当讲保密是原则时，其指向的对象是那些保密信息；当讲公开是原则时，其指向的对象是那些应该公开的信息。两个原则指向的对象发生变化，不符合逻辑上的同一性和一致性要求。将政府信息分割成为两个部分，在二元论的基础上变换对象谈公开与保密，必然还会导致不分主次的结果，使两者人为割裂。既然两者不相关，都是原则，不分

修订草案明确涉及到公开的条款只有第27条，它规定，“机关、单位公开发布信息以及对涉及国家秘密的工程、货物、服务进行采购时，应当遵守保密规定”。

除了保留修订草案第27条的规定以外，二次审议稿增加的确涉及公开的条款还有：第9条第3款，“法律、行政法规规定应当公开的事项，不属于国家秘密”；第15条第4款，“机关、单位对在决定和处理有关事项工作过程中确定需要保密的事项，根据工作需要决定公开的，正式公布时即视为解密”；第19条第2款，“机关、单位应当定期对所确定的国家秘密进行审核。对在保密期限内保密事项范围变化后不再作为国家秘密事项，或者公开后不会危害国家安全和利益，不需要继续保密的，应当及时解密”。

部分全国人大常委会和一些专家学者已经提出了这方面的具体建议，参见《中华人民共和国保守国家秘密法（修订草案二次审议稿）参阅资料》、《十一届全国人大常委会第十三次会议参阅资料（二）》，第2页、第26页、第55页。

主次,那么保密就完全有可能范围越来越大,公开的范围逐步被挤压。这些,都是制定公开条例致力于解决的问题,也是公开条例确立公开为原则、不公开为例外的意义所在。

再次,就制定法而言,第一种观点更符合我国现行法律的规定。这是因为,虽然我国公开条例没有类似于“公开是原则、不公开是例外”的明确表述,但其立法结构明显采用的是不公开范围明确列举,公开范围原则推定的国际通行信息公开立法方式。简言之,除了公开条例明确列举的几类例外之外(包括国家秘密),所有其他政府信息都必须公开。因此,可以推论“公开是原则、不公开是例外”是我国公开条例的一项基本原则。由于公开条例适用于所有政府信息,只要保密法这样的上位法不明确作出相反的规定,这一原则当然也适用于保密领域。在公开条例正式实施之前,温家宝总理2008年4月30日在《求是》撰文,明确提出“要坚持公开是原则、不公开是例外”,进一步拓展政务公开的领域和内容。凡涉及群众利益和公共政策的事项,都要及时向群众公开。作为政府信息公开工作的主管部门,国务院办公厅在其第一份年报的开头也明确提出:“国务院办公厅坚持公开是原则、不公开是例外,认真贯彻政府信息公开条例,扎实做好政府信息公开工作”。由此可见,我国制定法已经明确肯定“公开是原则、不公开是例外”,国家行政机关也已公开宣示接受这一原则。

从法律解释角度分析,这次保密法修改最终稿在总则部分明确规定“法律、行政法规规定公开的事项,应当依法公开”具有十分重大的意义。这项规定应被视为是处理保密法与规定公开事项的法律、行政法规之间关系的基本适用原则。不论是根据文义解释规则、结构解释规则还是立法过程解释规则,都可以合理地从这项规定推断出保密法与规定公开事项的其他法律、行政法规之间一般法与特别法关系的结论。因此,当两者之间不一致,或者当有规定公开事项的法律、行政法规时,毫无疑问应优先适用规定公开事项的法律、行政法规,不得再以保密为借口阻扰公开!保密法的这项规定明确宣示了公开优先的原则,等于已经隐含确认了“公开是原则、保密是例外”。

可见,认识保密法修改的意义,适用保密法,首先需要深刻认识公开与保密的关系,要从历史发展的大方向中确定保密工作的基本定位。如果实际工作中继续仅仅就保密论保密,不但会使这次保密法修订的成果大打折扣,具体保密工作也很难真正做好。

二、保密行政管理部门的职能定位

二次审议稿和最终稿对修订草案有关保密行政管理部门职权的调整,是这次保密法修改引起外界关注最多的领域之一。调整主要涉及取消三类权力,分别是许可权、调查权和强制权以及罚款权:(1)修订草案第32条规定从事涉及国家秘密业务的企业事业单位应当具备保密资质,并由保密行政管理部门审查授予;二次审议稿和最终稿取消了有关保密行政管理部门授予保密资质的规定,代之以要求进行保密安全审查和签订保密协议。(2)修订草案第40条规定了保密行政管理部门对涉嫌泄露国家秘密或者危害国家秘密安全的行为的调查权和行政强制权;二次审议稿和最终稿

当时具体负责主持制定公开条例的国务院法制办副主任张穹先生在国务院新闻办举行的新闻发布会上明确确认了这一点。“我们在制定政府信息公开条例的时候,从两个方面也体现了以公开为原则、以不公开为例外的原则”。《国务院法制办副主任张穹介绍 政府信息公开条例 的有关情况并答记者问》(2007年4月24日),载<http://www.henan.gov.cn/ztl/system/2007/04/29/010029514.shtml>,2010年3月29日访问。

温家宝:《认真贯彻党的十七大精神,大力推进廉政建设和反腐败工作》,载《求是》2008年第9期。

国务院办公厅:《国务院办公厅2008年政府信息公开工作基本情况》,载<http://www.gov.cn/zjjs/2009-03/31/content-1273571.htm>,2010年3月29日访问。

二次审议稿中,该条规定被放在第9条第2项,并措辞为“法律、行政法规规定应当公开的事项,不属于国家秘密”。

取消了保密行政管理部门的调查权和行政强制权，规定保密行政管理部门“负责组织、督促有关机关进行调查处理”。(3) 修订草案第44条、第45条、第47条、第48条规定了保密行政管理部门的罚款权；二次审议稿和最终稿取消了保密行政管理部门罚款权的所有规定。

二次审议稿和最终稿对修订草案关于行政管理部门职权的规定作出这么大范围的调整，在近年来的立法活动中是非常少见的。可以看到，修订草案和二次审议稿、最终稿对于保密行政管理部门究竟应该做什么，在职能定位上确实存在很大的认识差异。修订草案明显是想让保密行政管理部门承担更多的行政执法职能，而二次审议稿、最终稿希望保密行政管理部门延续保密法的现行规定，^⑩更多地发挥领导、组织、协调、监督作用。为此，有必要全面深入认识保密行政管理部门的职能定位。

单独来看，只要保密法修改授权，无论是将保密行政管理部门定位为行政执法部门还是定位为宏观政策协调部门，均无法律障碍，^⑪也都可以找到很多现实理由。因此，孤立讨论职能定位意义不大，职能定位必须从现实国情出发，从比较的角度来看才有意义。具体而言，需要明确如下两个问题：(1) 保密行政管理部门究竟更合适作为行政执法部门还是宏观政策协调部门？(2) 保密行政管理部门究竟一重定位还是双重定位？

在中央和地方各级政府专门设立统一的保密行政管理部门，专司保守国家秘密工作，可以说是我国的一项独特制度。在美国、俄罗斯、德国等主要发达国家，类似于我国保密行政管理部门行使的职能往往分散在好几个不同的政府部门。^⑫同时，我国的保密行政管理部门既是政府机关，也是执政党的工作机构。按照公布的国务院机构设置方案，国家保密局与中央保密委员会办公室，一个机构两块牌子，列入中共中央直属机关的下属机构；地方保密行政管理部门，也是同样的性质定位。可以看到，职能这么集中、地位这么尊崇的保密行政管理体制，在全世界几乎可以说是绝无仅有；并且保密行政管理部门所具有的独特地位和政治优势，也是国内一般行政执法部门所不可比拟的。从这个角度回答第一个问题，答案其实已经非常清楚，保密行政管理部门显然更适合也更愿意作为宏观政策协调部门，以充分发挥其独特的政治优势，不会舍本逐末，降格成为一般的行政执法部门。

可见，修订草案提供的并非二选一方案，而是希望在保持保密行政管理部门独特政治优势前提下，赋予其更多执法职能，实现双重职能的合一。这就回到了上面提出的第二个问题，然而，从改革开放三十多年的经验来看，双重职能合一的目标很难有实现的可能性。主要理由在于：

首先，职能合一与我国行政管理体制改革的大方向不符。过去，我国行政管理体制的一个弊端是行政决策、执行与监督职能不分，几乎每个政府机构均集中了决策、执行与监督等不同职能，导致权力过于集中，重决策、轻执行和监督，政府执行力弱，监督不力。为此，近年来的政府职能调整与政府机构改革特别强调了政府不同职能的分离，既体现了社会分工的要求，也顺应了当代各国行政体制改革的普遍趋势。2002年党的十六大报告已经提出按照精简、统一、效能的原则和决策、执行、监督相协调的要求，推进政府机构改革。改革方向是在政府管理系统内部，将决策、执行和监督职能适度分离，在运行过程中形成相辅相成、相互制约、相互协调的一种行政管理体制。2007年党的十七大报告明确要求加快行政管理体制改革，建设服务型政府，形成权责一致、分工合理、决策科学、执行顺畅、监督有力的行政管理体制。实践中，2003年国务院机构改革专门设立国资

^⑩ 现行保密法没有许可权、调查权、强制权与罚款权的规定。

^⑪ 泄密案件的调查权、强制权涉及到宪法问题，应另当别论。

^⑫ 美国的情况可见国家保密局法规处编：《美国保密法律制度》，金城出版社2000年版，第63页；德国、荷兰的情况可见国家保密局法规处编：《德国荷兰保密法律制度》，金城出版社2001年版，第2页。

委,实现了政府管理职能与所有者职能的分离;保监会、证监会、银监会、电监会等一批监管机构的出现,初步实现了政府政策职能与监管职能的分离;2008年国务院机构改革推行大部门体制,反映了力求实现决策权统一的改革愿望;《反垄断法》的制定和实施,实现了政府事前监管职能与事后反垄断职能的分离;综合执法体制在各地的试点,实现了执行权的相对集中,期望提高执行的有效性和公正性;国土督察、环保督察、地方政府负总责制度、中央巡视制度的推出以及中央政府部门内设监督机构的普遍加强,体现了中央政府加强层级监督的决心;地方政府机构改革中“行政三分制”的出现,实现了政府决策、执行、监督职能的正式分离。

根据现行保密法规定,保密行政管理部门主要承担决策和监督职能,主要是定大事,抓监督,具体执行和管理由相关行政管理部门分别负责,应该说是一种比较符合行政管理体制改革方向的职权结构。如果按照职能合一的目标,增加保密行政管理部门执法职能,会使保密行政管理部门同时行使决策、执行与监督职权,既与行政管理体制改革的大方向不符,可能弱化其决策和监督职能,也会使现行部门配合机制发生诸多变化,产生执行权交叉、重叠现象,增加执行的不确定性。

其次,职能合一在法律上面临较大的操作困难。在现行保密管理体制下,由于保密行政管理部门只承担决策和监督职能,其决定均属于内部行为,不直接对外发生法律效力,因此,保密行政管理部门处于一种相对超脱的地位,不需要接受司法审查。这种法律地位,对于同时作为执政党的工作机构的保密行政管理部门而言,是非常重要的,它可以保持党、政分开,既维护党的领导地位,又维护了法律的尊严和司法的权威。一旦保密行政管理部门按照职能合一的目标行使行政执法权力,作出对外发生法律效力的许可或者处罚决定,按照现行法律的规定,就必须接受司法审查,对其行为作出法律评判。在保密行政管理部门一个机构两块牌子的架构下,由于角色合一,一旦进入司法程序,会很难明确区分哪些是行政行为,哪些是党的意志,更难强制保密行政管理部门执行法院的决定,这样必然会使法院和整个制度处于两难之中,处理不好会使执政党和司法机关的形象受到很大的影响。

再次,职能合一难以实现预期的目标。客观地说,修订草案增设保密行政管理部门行政许可、罚款权,确实是想解决在管理难度加大的新的环境下保密行政管理部门缺乏有效法律手段的问题,以应对泄密频繁的严峻形势。然而,从这些年的行政执法实践来看,这两种手段都很难实现保密行政管理部门预期的目标。这是因为,虽然行政许可和行政处罚是这些年各行政管理部门应用得最多的两种执法手段,几乎每部新制定的法律都会有这方面的规定,然而,执法实践中,这两种手段的效果并不好。^⑬凡是主要依靠这两种手段执法的领域,情况都不太理想,并且还会产生诸多负作用。^⑭在社会的期盼和中央政府的要求下,一些行政管理部门近年来开始探索其他形式的行政管理手段和方式,加强市场监管和社会管理的能力,如政治动员、^⑮集中整治、^⑯加重处罚、^⑰信息技

^⑬ 任何一项制度均有其作用的条件与范围,超出范围就很难有效果。由于实践中许多行政机关将行政许可与行政处罚作为主要执法手段,扩大了这两种手段的应用范围和条件,必然会导致其失灵。同时,过于依靠行政许可与行政处罚,会生疏其他管理手段,一旦许可与处罚无效,就会出现系统性的管理失灵,这是目前行政管理实践中非常普遍和明显的问题。对于许可方式无效性的个案分析,可见赵鹏:《行政许可的演化与异化——以网吧行业为个案的分析》,载《北京行政学院学报》2007年第4期;对于以罚代刑的个案分析,可见李永平:《非法占地,缘何一罚了之》,载《人民法院报》,2005年4月11日。

^⑭ 在一些地方、部门,许可往往成为寻租的工具,而罚款最终成为管理的目的,并因此导致各种各样的腐败现象。

^⑮ 最为成功的事例是非典防控、奥运安保。

^⑯ 在食品药品安全、扫黄打非等领域比较常用。

^⑰ 《国务院关于加强食品等产品质量安全的特别规定》引入了10-20倍罚款的规定。

术采用、¹⁸ 产权制度安排、¹⁹ 民事侵权责任机制、²⁰ 信息披露、²¹ 行政指导、²² 行业自律、²³ 特许权市场化配置、²⁴ 连带责任追究、²⁵ 行政奖励²⁶ 等等，并取得了一定的效果。可以预见，随着行政管理手段和方式的逐步成熟和规范化²⁷ 以及立法机关逐步加强对行政许可和行政处罚手段的控制，过去那种所有领域都依靠行政许可和行政处罚包打天下的格局一定会改变，不同领域一定会根据其特点设计多样化的、更加有效的管理方法和制度。²⁸

具体就保密管理而言，由于其管理对象的特定性和特殊性，用面向社会的一般行政许可方式管理显然不如更具针对性的保密审查机制和保密协议管理机制更为有效，后两种方式其实也是各国保密管理的通行做法。至于罚款，由于是事后机制，对于防范泄密很难有实际作用，引入罚款还有损保密法的严肃性。²⁹ 因此，在实践已经证明行政许可与行政处罚手段缺陷的情况下，希望通过引入这些手段来解决保密行政管理部门所面临的问题，显然很不现实，方向也不对。

可以看到，修订草案最初设计的保密行政管理部门双重职能合一的目标既不可行，也不合理。用“鱼与熊掌不能兼得”来描述保密行政管理部门的职能定位，再合适不过！在保密法规定的决策职能与监督职能无法充分发挥的情况下，再增加一个执法职能只会使未来更加不确定。从这个意义上看，二次审议稿和最终稿对于修订草案的调整是非常有道理的。当然，由于最终稿在职能定位上仍然存在一些交叉领域，延续了一些现行的做法，并未能彻底解决保密行政管理部门的职能合一问题（如密级鉴定），因此，从认识上明确保密行政管理部门的职能定位，对于未来确定保密行政管理部门的工作重点和保密法的具体适用，就具有十分重要的指导意义。保密行政管理部门应该始终坚持定大事，抓监督，尽量避免陷入一般的行政管理或者执法活动之中。

三、保密工作的大方向

必须承认，经济体制改革与对外开放带来的国际环境改变、社会结构变迁、价值观念冲击与信息技术普及等，使保密工作与国家安全形势面临异常严峻的挑战。面对新情况、新问题，从战略层面明确保密工作的大方向，为未来找到一条正确的道路，本来应该是保密法修改的首要任务。然而，因为种种原因，几次审议均没有能够在这方面提供明确的指引，不能不说是这次保密法修改的最大一个遗憾。根据保密行政管理部门的职能定位和现行保密法实施以来正反两方面的经验与教训，保密工作的大方向显然应该是抓统一决策与有效监督。

¹⁸ 较为成功的例子如药品电子监管、金盾工程、金税工程中的增值税交叉稽核等。

¹⁹ 如文化部门推行的网吧连锁经营，山西推行的煤矿企业产权重组。

²⁰ 《食品安全法》确立了10倍赔偿的惩罚性赔偿规定，以期调动公众的参与。

²¹ 前两年能够刮起审计风暴与环保风暴，权力并不大的审计与环保部门依靠的是信息披露的手段。央行推行的个人征信系统与企业合作系统，也是依赖于信息系统实现监管的典型做法。

²² 工商行政管理和城管系统正在推进，以防止违法行为发生，减少执法冲突。

²³ 以温州小商品市场的行业自律机制最为成功。

²⁴ 国有建设用地使用权出让招拍挂是典型事例。

²⁵ 环保部门推行的区域限批、流域限批、集团限批措施，采用的是类似于连坐的行政控制方式，有效解决了行政处罚制度的不足；国土管理部门对于地方年度用地指标的调控，也有连坐控制的因素。

²⁶ 计生部门通过推出独生子女奖励政策和流动人口计生宣传服务等方式，推动计生工作。

²⁷ 必须承认，有些手段还面临一定的合法性问题，可能造成对公众权利的侵犯，需要依法设计相关制度，而有些做法则很难上升到法律高度。

²⁸ 目前，根据中央的要求和中央政法委的部署，各地方、各部门正在推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法“三项重点工作”，社会管理创新是其中的一项重要内容。

²⁹ 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国保守国家秘密法（修订草案）修改情况的汇报〉》，载《十一届全国人大常委会第十三次会议文件（四）》，第5页。

首先,正在席卷全球的信息化、民主化、全球化浪潮是人类历史上的一次重大变革,涉及到社会、政治、经济、思想、文化等方方面面,带来的影响和挑战是全方位的、深层的。在这场深刻的社会转型面前,保密工作遇到的最大挑战首先是观念、制度与体制方面的深层次挑战和冲突。诸如经济发展与国家安全、对外开放与对敌斗争、保密与公开、互联网管理与充分调动公众参与、思想教育与公民意识培养、保密与信息资源开发利用、互联网开放性与国家主权维护、保密管理与科技自主创新、政府采购制度与信息安全、传统管理方式转型与现代治理手段培育、改革终极目标与过渡制度安排、社会网络化与传统部门管理体制、决策民主与决策效率、决策有效性与公众参与、信息公开与社会稳定、党的领导与依法治国、党的领导与人民当家作主等重大问题,无时无刻不在保密工作中出现,需要应对。这些观念性、全局性、体制性的问题如果没有答案,必然会直接影响日常的管理工作,甚至会面对复杂的形势无所适从。

由于这些问题往往跨领域、跨部门,错综复杂,过去没有遇到过,而我们的现行管理体制基本建立在传统部门划分的基础之上,部门之间缺少配合与协调,个别部门甚至会为维护本部门利益人为制造配合障碍,导致政策难以同步甚至相互冲突,政出多门。实践中,只有当问题发展到一定严重程度以后,才会通过诸如建立议事协调机构等方式,通过更高决策层的介入加以解决。然而,随着议事协调机构不断增多,其边际效益会逐步递减,最后导致议事协调机构的相互分割,复制部门体制之下的“多张皮”现象,一些重大问题决策滞后、决策不能。

要解决全局性的观念、体制与认识问题,需要首先从顶层打通传统决策体制的部门划分边界,发挥我们政治制度的优势,实现不同决策机制的有机整合,对于重大问题作出权威、迅速的回答。保密行政管理部门一个机构两块牌子的独特地位,尤其是其作为执政党工作机构的政治优势,使其具备发挥各种不同决策机制辅助纽带作用的能力,完全可以通过具体制度设计,将保密工作与经济发展、社会改革、国家安全、信息化推进、意识形态管理等相关工作结合起来,实现决策“一盘棋”。现行保密法在这方面没有规定,由于传统部门管理体制的影响,过去保密行政管理部门在这方面也没有太多成功的经验,导致保密工作与其他工作相互分割,保密行政管理有时甚至沦为一般的行政管理,难以发挥其独特的政治优势。

要形成统一、高效的“一盘棋”决策机制,本来可以通过保密法修订确立原则、搭建平台、建立程序、明确责任、提供保障。在我国现行体制之下,虽然其中许多问题不是法律能够说了算,更多取决于中央的意志与决心,但保密法修改,其实本来还是可以有所作为的。完全可以借鉴近年来国内其他领域的立法经验^⑩和其他国家的决策整合经验,^⑪在保密法修改中尝试增加保密决策机构、机制与程序的规定,将保密决策纳入到更大的决策体系之中,确认保密行政管理部门在宏观决策体系中的地位与作用。但是,不论是修订草案、二次审议稿还是最终稿,都没有提出这方面的制度改进具体设想,实践中的政出多门问题因此很难通过这次修法得到缓解或者解决。

其次,我国一般的行政管理部门过去往往是决策、执行、监督职能合一,职能不分,自己监督自己,导致监督职能被严重弱化,部门政治严重。我国保密管理区别于一般行政管理的地方在于,

^⑩ 过去我国立法完全不涉及机构、编制与经费三个核心问题,被称为立法的“三不主义”。这种做法近年来受到各方面的批评,情况已经开始发生变化。《反垄断法》、《食品安全法》在各方面的呼吁下,最终明确在法律中规定了国务院反垄断委员会和国家食品安全委员会,开创了中国立法的一个新时代。

^⑪ 比如,美国的国家安全委员会由1947年国家安全法设立,是直属总统的高层次议事机构,由总统担任主席,主要参加人包括副总统、国务卿、财政部长、国防部长、总统国家安全事务顾问。三军联席会议主席是该委员会军事顾问,国家情报局局长是情报顾问。委员会每次会议都会邀请总统幕僚长、总统经济政策顾问与助手参加;如果与其主管领域相关,委员会还会邀请司法部长和管理与预算管理局局长参加会议。至于其他部门首长以及高级官员,也会受邀参加相关会议。国家安全委员会负责在国家安全与外交事务领域协调不同部门之间的政策,保证了决策的统一性。

它某种程度上实现了执行与监督的分离，保密行政管理部门具有专门监督机构的特征，负责对其他行政管理部门执行保密政策和法律的情况进行监督。正是由于保密行政管理部门的这种相对超脱的地位，使其具有更大的公信力和权威性，也更加有利于发挥保密行政管理部门和其他管理部门的两个积极性，形成合理分工的工作格局。保密行政管理部门负责定政策、标准、制度，提供各种支持，并负责监督检查，相关行政管理部门负责具体执行。如果每个领域的具体保密管理工作都由保密行政管理部门来承担，肯定既做不了，也根本不可能做好。可见，监督职能是保密行政管理部门的一项基本职能，也是其独特的优势所在。

本次保密法修订草案的一个亮点，就在于专门增设了一章，充实保密行政管理部门的各种监督手段，相比于现行保密法有很多方面的创新，并且这些内容在二次审议稿和最终稿中基本都得以保留。但是，在一些问题上，应该说修订草案仍然有些不足，主要表现在：（1）在关键用语上对于保密行政管理部门作为监督者的法律定位不是特别一致，总是在“监督”与具体“管理”之间摇摆不定。比如，修订草案将现行保密法规定的“保密工作部门”改成了“保密行政管理部门”，使其初看起来更类似于普通行政管理部门，而不是专门的监督机关。^②再如，新增的第四章名称为“监督管理”，而不是其他法律常用的“监督检查”，容易使人认为保密行政管理部门既要监督，也要具体管理，无形中弱化了监督的分量。（2）在关键制度设计上存在双重角色合一问题，既规定了保密行政管理部门的监督职能，同时又规定了管理职能，一定程度上冲淡了监督色彩。除了修订草案规定的行政许可权、行政处罚权属于明显的管理权以外，另外一个容易引起制度错位的当属修订草案第18条、第41条关于保密行政管理部门的秘密决定权以及秘密鉴定权。由于保密行政管理部门的决定或者鉴定结论可能会对当事人的权利义务发生直接影响，具有典型的具体行政行为特征，因此可能导致司法审查问题，出现保密行政管理部门不得当被告的结果。一旦这样，保密行政管理部门显然就成为了一般的行政管理部门，而不是执行监督部门。只有保密行政管理部门行使的是纯粹的监督权力，才不会发生这种问题。

因此，为突出保密行政管理部门法律监督者地位，发挥制度优势，提高监督效能，保密法修改本来应该可以在以下方面进行规范，但可惜的是，这些方面在修法时并没有得到足够重视：

第一，可以从名称上弱化保密行政管理部门直接进行行政管理的色彩，强化其监督属性。为此，应该将保密行政管理部门定位为“保密工作主管部门”或者“保密工作监督部门”，^③不应该用“保密行政管理部门”这样的称谓；同时，第四章名称也应该相应改为“监督检查”，而不是“监督管理”。

第二，需要对保密行政管理部门行使的权力进行梳理，保持其监督权法律属性。具体而言，或者需要将国家秘密决定权、鉴定权交由相关管理部门或者国家保密行政管理部门认定的机关、单位行使，保密行政管理部门只负责组织、指导与监督；也可以将保密行政管理部门的国家秘密决定、鉴定环节设计为准司法行政救济（裁决）环节，当事人不服保密行政管理部门的决定、鉴定结论，仍可对原争议问题寻求最终的司法审查，而不是对保密行政管理部门的结论提起诉讼。只有这样处理，才能使保密行政管理部门的权力维持其监督权力的属性，也有利于厘清相关的法律关系。否则，不论保密行政管理部门是否能成为被告，法律上都不好处理，会导致出现两难局面（这应该是修订草案、二次审议稿、最终稿都回避保密行政管理部门是否可以成为行政诉讼被告的主要原因）。

^② 监察部门是专门的行政监督机关，《行政监察法》第2条对于行政监察机关的定性，就没有沿用一般法律对于机关性质的通常表述，而是规定“监察机关是人民政府行使监察职能的机关”，突出了其监督地位。

^③ 可以进行类比的是政府信息公开领域，负责信息公开工作的部门被界定为“信息公开工作的主管部门”。

第三, 保密行政管理部门要充分发挥其监督作用, 首先必须要有通畅的信息收集渠道, 只有早发现潜在风险, 才能防患于未然, 实现预防的目的。修订草案虽然在这方面有一些制度创新, 值得肯定, 但一个主要的不足是目前设计的信息渠道基本都要依靠保密行政管理部门的主动检查,^④ 是一种单向的信息收集方式, 缺少被监督对象的主动反馈与常规报告制度。如果保密行政管理部门检查不到, 或者被监督对象因为某种原因有意识不配合, 信息采集就会遇到较大的障碍, 最后有可能只能靠案件驱动, 发生重大泄密事件后保密行政管理部门才可能掌握相关信息。因此, 其实可以通过修改保密法, 建立有效的双向信息采集机制。比较可行的做法是要求相关行政管理部门根据中央预先确定的标准和要求, 定期或不定期向保密行政管理部门报告保密制度执行情况, 并据此建立有效的风险分析与预警制度。如果可能, 还可以在保密行政管理体制上有所改进, 实行保密行政管理部门垂直或者半垂直管理体制, 或者对重要机关、单位内设保密机构与人员实行双重管理, 以防止地方或者部门的不当干预。

第四, 监督要有效果, 监督者必须有事中、事后处理违法行为的有效手段, 以体现其权威性和威慑力。修订草案虽增设了许多有效的案件查处过程中的事中手段, 但对保密管理过程责任以及泄密案件发生后的结果责任追究力度明显不足,^⑤ 缺少创新性规定, 实际效果可能很难得到保障。近年来, 一些地方、部门对于加强执法监督有许多有益的探索, 如行政执法责任制的推出, 依法行政评价指标体系的运用, 法律实施年度报告要求, 设立专门的执法督察机构, 实行垂直管理体制, 社会监督机制的引入, 加强人大执法监督检查, 强化复议作用, 绩效考核, 地方政府负总责、一票否决等。这些探索在过渡时期对于提高法律执行的效果, 加强监督的效能, 还是有一定的作用的。保密法修改其实可以吸收、借鉴相关领域的成功经验, 增设诸如保密绩效评价、保密问责等有效的监督手段, 在事中与事后两个环节加强对法律执行部门的监督, 使其更加重视保密工作。

立法永远是一门遗憾的艺术。尽管这次保密法修改得到社会各界的广泛关注和好评, 实现了许多突破, 但我们更应该清醒地认识仍然存在的各种缺陷和不足。只有这样, 才能在保密法实施过程中, 以各种方式尽量弥补立法的缺漏, 更好地推进保密工作的开展, 维护国家和人民的根本利益。

【主要参考文献】

1. 郭杰:《我国政府保密工作的现状》, 载《环球法律评论》2002年秋季号。
2. 杨明:《信息公开, 保密法修订之痒》, 载《民主与法制时报》, 2009年5月4日。
3. 王锡锌:《政府信息公开语境中的“国家秘密”探讨》, 载《政治与法律》2009年第3期。
4. 《十一届全国人大常委会第十三次会议文件(四)》。

(责任编辑: 余履雪)

^④ 如修订草案第37条、第38条、第39条、第40条。

^⑤ 修订草案第45条是惟一涉及管理责任的条款, 属于结果责任, 且其适用条件严格, 必须是“严重危害国家秘密安全或者发生重大泄密案件的”, 才对直接负责的主管人员和其他责任人员给予处分。二次审议稿和最终稿第49条基本维持了这样的规定, 只对发生重大泄密案件追究结果责任。这样, 保密管理的过程责任和一般结果责任均没有明确的法律规定。

prosecutorial supervision of civil execution including supervision in accordance with the law , afterwards supervision etc. , and attempts to limit the scope of supervision on overall executing action including civil executing judgement , executing implementation , illegal and improper action and supervision on judge , and designs two fundamental way of implementing the prosecutorial supervision of civil execution , they are representation and correcting view. Finally this article designs concrete procedures of the prosecutorial supervision of civil execution.

Key words Prosecutorial Supervision of Civil Execution ; Scope and Object ; Way ; Procedure

Guo Xinglian , Ph. D. , Deputy Director of Research Department on Law and Policy of Beijing Municipal People 's Procuratorate ; Cao Lin , Vice Head of the Department of Civil Administration of Fengtai District People 's Procuratorate of Beijing.

Challenge and Respond : the Development of the Procuratorial Supervision System In
Civil Proceedings and Administrative Litigation

TANG Weijian 39 ·

The fundamental basis is the increasing needs of supervision , the supervision scope increasingly expanding , the conceptual elements in the supervision being changed , and the update supervision concept provide a new source for the sustainable development of supervision system. The system transition to be realized presently focuses on three supervision transitions : the transition from the limited supervision to the all-round one , from the merits control to the procedural control , and from litigation sphere to the social sphere , and thereby the development of the Procuratorial supervision system in civil proceedings and administrative litigation takes on a complete new look.

Key words Procuratorial Supervision System in Civil Proceedings and Administrative Litigation ; All-around Supervision ; Procedure Supervision ; Social Supervision

Tang Weijian , Ph. D. , Professor of Renming University of China Law School.

A Commentary of the Amendment of the State Secrets Act

ZHOU Hanhua 48 ·

The essay comments on certain key issues regarding the revision of the *State Secrets Act*. It points out that secrecy should never be cut off from the openness ; the amendment of the act actually sets up the preemptive principle of openness , which is quite close to openness is principle while secrecy is exception ; secrecy bureau shall find its position accurately by playing the role of decision-making and supervision , and refrain from becoming another law enforcement agency ; the amendment of the act fails to provide enough innovative measures to integrate decision-making process and strengthen supervision.

Key words Revision of the State Secrets Act ; Openness and Secrecy ; Differentiation of Functions ; Decision-making and Supervision

Zhou Hanhua , Ph. D. , Researcher of Institute of Law at Chinese Academy of Social Science.

My Opinion on Several Controversial Issues of Administrative Compulsory Law Legislation

JIANG Ming 'an 57 ·

From the practical standpoint , this essay concentrates on three controversial points of the *Third Draft of Administrative Compulsory Law*. Firstly , the power of enactment of administrative compulsory should reside in laws , administrative regulations and local administrative regulations , but with more preciseness in the clauses ; Secondly , in principle , the decision and the application of compulsory measures should be separated from each other , i. e. after the administrative agency made the decision of compulsory measures , the court will review and give a final affirmation , and all of such measures should finally enforced by the administrative agencies ; Thirdly , the basic four principles of administrative compulsory should be : Legality , Proportionality , Combination of education