



法治政府的制度逻辑
与理性构建

江必新 著

FA ZHI ZHENG FU DE ZHI DU LOGI YU XING GOU JIAN

“十八大与法治国家建设”丛书

SHI BA DA YU FA ZHI GUO JIA JIAN SHE CONG SHU

深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题
“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

FA ZHI ZHENG FU DE ZHI DE LIAO JI YE LI XING GOU JIAN

法治政府的制度逻辑 与理性构建

江必新◎著



“十八大与法治国家建设”丛书

SHI BA DA YU FA ZHI GUO JIA JIAN SHE CONG SHU

深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题
“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

法治政府的制度逻辑与理性构建/江必新著. —北京:中国法制出版社,
2014. 6

(十八大与法治国家建设)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5458 - 2

I. ①法… II. ①江… III. ①国家机构 - 行政管理 - 研究 - 中国
IV. ①D630. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 126995 号



策划编辑 马 颖

责任编辑 黄丹丹

封面设计 李 宁

法治政府的制度逻辑与理性构建

FAZHI ZHENGFU DE ZHIDU LUOJI YU LIXING GOUJIAN

著者/江必新

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

印张/22.5 字数/322 千

版次/2014 年 6 月第 1 版

2014 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5458 - 2

定价:57.00 元

值班电话:010 - 66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:010 - 66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:010 - 66010678

市场营销部电话:010 - 66033393

邮购部电话:010 - 66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010 - 66032926)

总 序

人类很早就意识到法治与国家治乱兴亡之间的规律性关联。秦商鞅说，“以治法者强，以治政者削。”汉王符说，“法令行则国治，法令弛则国乱。”古希腊柏拉图也观察到，现实中的那些统治者能不能服从法律乃是决定城邦兴衰成败的关键问题。数以千计的历史年轮已经充分展现了这样一个规律：法治是迄今为止人类所能找到的治国理政的最好方式。然而，历经时空层层打磨后的“法治”二字，其内涵绝不仅限于字面。作为“规则之治”，法治塑造着人类生活的规范性、制度性和程序性；作为“法之统治”，法治要求法律规则的权威性、统一性和至上性；作为“良法之治”，法治内含了公平正义自由秩序等诸种价值；作为“程序之治”，法治强调程序的合法性、正当性以及程序相较于实体的优先性；作为“理性之治”，法治要求奉法者执中守正、辩证施治、莫走极端。法治所蕴含的从人类日常生活和历史实践中所积累出来的智识、思维、价值、信仰、模式、程序，深远而现实地影响着每一个人的生命和生活，左右着每一个国度以及民族的盛衰和荣辱，揖别人类的过往并祈祷着人类社会的未来。

党的十八大是中国法治建设的重要里程碑。以习近平为总书记的新一届中央领导集体，举“法治中国”为纲，张“法治

国家、法治政府、法治社会与依法治国、依法执政、依法行政”为目，法治成为治国理政的基本方式，法治思维和法治方式成为新时期领导干部的基本准则，依法办事成为举国上下的第一遵循，科学立法、严格执法、公正司法、全民守法成为推进法治中国建设的宏伟阶梯，维护宪法法律权威、深化行政执法体制改革、确保依法独立公正行使审判权检察权、健全司法权力运行机制、完善人权司法保障制度成为法治改革的五大重心，法治理念、法治精神、法治思维、法治方式、法治文化、法治环境编织起法治中国的立体网络。这份决心和担当所诠释的共同体认是：法治是建设中国特色社会主义的重要内容，是党领导人民治国理政的基本方略，是实现中华民族伟大复兴的重要支撑，是如期建成小康社会的捷径快道。

毫无疑问，一个通过全方位法治化而实现国家治理现代化的中国正在熔炉中锻造。笔者以为，法治中国这一宏大命题比依法治国、依法行政等命题拥有更加丰富的内涵：“法治中国”是人类法治文明成果的“继承版”，是法治国家建设的“中国版”，是中国法治建设的“升级版”。从依法治国到法治中国，是中国法治建设的一次极为重要的升级，是中国共产党探索治国理政规律的一个极为重要的成果，是中国政治文明进一步提升的一个极为重要的契机。佐证这个结论的是这样一些正在发生的细节性事实：中国正在经历从有法可依向科学立法、民主立法的提升，从强调法律体系和规则体系向强调理念、体制、制度、机制四位一体的提升，从倡行法律面前人人平等到力求权利平等、机会平等、起点平等的提升，从依法管理向依法治理的提升，从简单地强调政府严格执法向强调公正文明执法的提升，从规范执法行为向从行为到程序、从内容到形式、从决

策到执行一体规范的提升，从事前授权、事后纠错的控权方式向建立权力运行的监督制约体系的提升，从注重私法权利向不仅注重私法权利而且注重公法上的权利保障的提升，从严格司法向公正司法的提升，从强调执法司法队伍建设向强调所有法治环境和法治条件改善的提升……据此必可期待，未来之治理必定滋养于法治，未来之中国必定享誉于法治的成就，未来之人民必定受益于法治中国建设的红利。

建设法治中国，仍需在规则治理上完成未竟事业，尤需在中国特色上凝心聚力，更要在制度建设上大展宏图；既要在“加快建设”上争速度，又要在“全面推进”上“舒广袖”，还要在有效治理上见成效。这无疑是一项重大而艰巨的时代任务。笔者深感，于法治中国建设方兴未艾之际，亟待进行系统研究和深挖细嚼，以彰显法治中国之精义，描绘法治中国之图谱，拓展法治中国之路径。有鉴于此，笔者搜几十年法学研究之思虑，索数十载政法工作之体验，不揣浅薄，于工作之余，梳理法治国家、法治政府、法治社会之宏旨，阐释良善司法、辩证司法、程序法治之大要，研究法治思维与法治方式之运用，探求法治中国之制度逻辑与构建方式，拢此八本为“十八大与法治国家建设”丛书一套，愿能藉此弘扬法治之精神，略陈法治建设之己见，以陋砖而引真玉，以个人短视而发方家之真言。

还记得儿时的夏夜，每当在屋外稻场纳凉的时候，祖母总是指着遥远的星空，让我辨识一个又一个的星座。从那时起，我就感到宇宙之宏大无穷，而个人之渺小不足道；人类对于真理的认识和接近太过于艰难。而此时，耳边又似响起祖母的教诲：“好好学习吧，将来做一个对公家有用的人。”谨以此丛书

献给我敬爱的、伟大的祖母——易诗秀老人！

本丛书入选国家新闻出版广电总局“深入学习宣传贯彻党的十八大精神主题出版重点选题”、“‘十二五’国家重点图书出版规划项目”，并获得国家出版基金支持。邹雅竹、蒋惠等帮助整理了部分文稿；我的博士后、博士生李春燕、刘润发、杨科雄、何君、王红霞、鞠成伟、张宝、刘耀辉、郑雅方、罗英、廖希飞、杨省庭、兰燕卓、郑礼华、刘琼、石毅鹏、蒋清华、曹实、贺译葶、张雨、邵长茂以及最高法院的梁风云、李纬华、阎巍、周觅同志、北京高院的程琥同志、重庆高院的王彦同志、江苏高院的杨志刚同志、江西财经大学的方颀琳老师帮助整理了部分讲座录音稿，个别章节也有他们的合作参与（程琥、李春燕、王红霞、邵长茂等）。中国法制出版社总编辑刘时山、编辑马颖等同志在项目申报、文字审校和最终出版方面付出了辛勤劳动。没有这些深情支持和热心帮助，就不能有这套书的面世，在此谨致以衷心感谢！

是为序。

江必新

甲午仲夏于地坛寓所

目 录 CONTENTS

绪 论 / 1

上 篇

第一章 法治政府的基本内涵 / 7

一、法治政府是民意政府	8
二、法治政府是维权政府	9
三、法治政府是有限政府	9
四、法治政府是履责政府	11
五、法治政府是规则政府	12
六、法治政府是透明政府	12
七、法治政府是公平政府	13
八、法治政府是诚信政府	13
九、法治政府是廉洁政府	14
十、法治政府是“瘦身”政府	15
十一、法治政府是效率政府	15
十二、法治政府是责任政府	16

第二章 行政法治核心概念之检讨 / 18

一、是形式法治还是实质法治	19
二、是消极的法制统一还是积极的法制统一	21

三、是依法行政还是法治行政	23
四、是权力控制还是权力保控	25
五、是狭义行政行为还是广义行政行为	27
六、权利保护与义务履行	28
七、程序的价值与程序的正当性与效能	30
八、司法审查的消极性与能动性	31
九、是消极解释还是积极解释	33
十、违法是绝对无效还是相对无效	34

第三章 法治行政的基本原理 / 37

一、对行政法进行关系类型化处理的必要性	37
二、行政法的发展——从“以法行政”到“依法行政”再到 “法治行政”	40
三、三种类型的比较	44
四、对三种不同类型的评价	49
五、超越“依法行政”	54

第四章 法治政府的基本规则 / 65

一、设定法治政府规则的基本原理	65
二、法治政府规则的基本内容	66
三、实现法治政府规则的必要条件	68

第五章 依法行政的基本内涵及其必要性 / 70

一、依法行政基本内涵解读	70
二、依法行政之必要性分析	80

第六章 依法行政的功能、要求及其实现 / 85

一、依法行政的性质、功能与作用	85
-----------------------	----

二、依法行政的基本要求	87
三、依法行政的实现路径与保障	93

第七章 法治政府的目标及其实现 / 97

一、依法行政的目标	97
二、法治政府目标的实现	102

下 篇

第八章 行政法的发展趋势与法治政府建设 / 111

一、行政法的基本理念	111
二、从行政权的结构来看	116
三、从行政所依据的规范来看	119
四、从对行政权的控制方式来看	122
五、从行政主体与行政相对人的关系来看	126
六、从行政管理的方式来看	129
七、从行政救济制度的发展来看	131

第九章 “入世”与法治政府建设 / 135

一、WTO 与行政立法	136
二、WTO 与行政执法	143
三、WTO 与行政行为的标准	150
四、WTO 与转变行政管理方式	155

第十章 后现代行政法与法治政府建设 / 162

一、后现代行政法命题的提出	165
二、后现代行政法的基本特征	176
三、后现代行政法的背景分析	188

四、对中国法治政府建设的启示	196
----------------------	-----

第十一章 社会管理创新与法治政府建设 / 202

一、社会管理创新的历史背景、历史任务与主要内容	202
二、社会管理创新视野下法治政府建设需要进行三个再定位	208
三、行政法治应为社会管理创新提供必要的保障	213
四、运用法治思维和法治方式推进社会管理创新	218

第十二章 社会治理新模式与法治政府建设 / 225

一、现代行政法的三种形态	225
二、社会治理新模式与现代行政法第三形态的建构	228
三、行政法第三形态对法治政府建设的要求	232

第十三章 公众参与与法治政府建设 / 240

一、公众参与是现代公共行政发展的世界性趋势	241
二、公众参与的利与弊	244
三、公众参与对中国行政法发展的影响	247

第十四章 自由裁量权与法治政府建设 / 254

一、自由裁量权的定义	254
二、自由裁量权存在的理由	257
三、自由裁量权存在的范围	260
四、自由裁量权存在的现实问题	262
五、认真对待自由裁量权	264
六、正确行使自由裁量权的标准	268
七、自由裁量权行使的监督	270
八、自由裁量权滥用的认定	272
九、结 语	273

第十五章 紧急状态与法治政府建设 / 274

- 一、紧急状态与紧急行政权的必要性 274
- 二、紧急行政权的基本内容 277
- 三、紧急行政权受法律规制的可能性 284
- 四、规制紧急行政权的基本思路 288

第十六章 行政行为效力与法治政府建设 / 302

- 一、行政行为合法性与效力的“对应不能”和“相向对应” 303
- 二、两种调控方式及效力判断问题之本质 308
- 三、行政行为效力判断的基准 311
- 四、行政行为效力判断的规则 318
- 五、结 语 325

第十七章 现实关系之调适与法治政府建设 / 326

- 一、法治政府之基本要求 326
- 二、为什么要提倡依法行政或法治 331
- 三、依法行政与现实之间的紧张关系 334
- 四、依法行政与现实紧张关系之调适 339

绪 论

从 20 世纪 90 年代，我国就提出建设法治政府的目标。党的十八大再次提出，到 2020 年要基本建成法治政府。在新的起点谋划和推进法治政府建设，应当着眼于国家治理体系与治理能力现代化、小康社会建设以及实现中国梦的宏伟目标，应当着眼并体现对科学发展的主题、发展方式转变的主线、保障和改善民生的主旋律的贯彻落实，着眼并体现对社会发展、社会建设以及社会管理的重大任务和重要工作的实际推进，着眼并体现对和谐稳定的社会环境、公平正义的法治环境、优质高效的服务环境的切实保障。因此，当前和今后一段时期里，我国法治政府建设的基本任务是：以国家治理现代化为统领，以法治中国建设为基础，以发展社会主义民主政治和深化行政管理体制改革为动力，全面推进法治行政，不断完善行政法律体系，不断健全行政执法体制机制，不断增强法治行政意识和能力，不断强化行政活动的合理性和正当性，不断提高行政相对人权利实现程度和“官”民和谐程度，在推进政治民主化、经济市场化、社会和谐化、发展科学化方面发挥应有作用。

具体而言，我国法治政府建设要关注以下十个方面的问题：

一是行政法治目标和任务的调适，以及实质法治导向的建立。行政法治的目标和任务不再是计划经济时代的管理，也不再是市场经济改革初期的控权，而是与全面建设小康社会相适应的“授权以保障政权之‘民有’、控权以保障政事之‘善治’、服务以保障发展成果之‘共享’”。为此，今日及未来之行政法治，不可不于形式法治之外，特别

重视实质法治的实现。

二是行政法渊源的拓宽和委任立法的作用的发挥，以及相应的过滤审查机制的建立和完善。一方面，为了保障行政活动“有法可依”，须在法律规范供给上“开源”，有限度地将法律、原则、指导性案例、行政惯例、政策等纳入法源范围，有限度地授权行政机关制定委任立法。另一方面，为了避免“恶法为治”，须对法律规范进行“节流”，构建法律规范的过滤审查机制，确保法律规范的合宪性与正义性，确保行政活动有良法可依。

三是行政权向社会的适度转移，以及对社会组织法律控制的加强。政府职能调整的过程也是国家适度还权于社会并着力培育和发展社会力量以塑造均衡政治生态结构的过程。基于行政权转移的现实，行政主体的范围将包括传统的行政主体和享有公权力的社会组织，行政活动的形态将包括国家行政、社会（组织）行政以及混合（合作）行政。在转移权力的同时，根据权责一致的原则，要加强对社会组织的法律控制，防范社会公权力的滥用和侵权，防范社会风险。

四是行政主体对市场主体监管力度的加大，以及对行政监管行为的规范。在急剧转型期，市场竞争不充分与过度竞争的现象并存，损害消费者利益与损害公共利益的现象并存。政府要加大经济性监管力度，以解决市场失灵问题。与此同时，要规范行政监管行为，以预防政府自身的失灵。

五是行政行为的多样化、柔性化，以及对柔性行为监督的加强。基于以人为本和为民服务的理念，政府越来越多地采用契约、指导、协商、激励、辅助等非强制性手段履行社会管理和公共服务职能，行政行为的样式日益多元，并呈现出柔性化趋向。但即便是对带着柔和、温情、慈爱面纱的柔性行政，仍不能忽略面纱背后强大“利维坦”的存在，仍应通过适当的法律规范进行监督和引导，以兴利除弊。

六是私法手段广泛运用于公法领域，以及公私法关系的重新调整。行政法的调整范围将有限度地延展至部分私法活动、“特别权力关系”

等领域。与此相适应，行政主体更多地综合运用行政法、民法、商法、经济法、社会法手段解决公共治理中的复杂问题。为此，对行政法之公法属性需再认识，公法与私法关系亦需重新调整。

七是政府服务、给付义务的普遍性，以及对不作为监控力度的加大。切实推进服务型政府法治化，以落实“发展成果由人民共享”的执政承诺。政府提供普惠、均等的公共服务将逐渐成为法定义务，公民则在一定范围内享有公共服务请求权。与市场经济改革初期减少政府干预的要求不同，在服务型政府模式下，人们推崇大有作为的政府，希望政府为国民创造更多的福祉，权利从“防御权力的权利”转变为“通过权力的权利”。为此，要加大对行政不作为的监控力度，防止行政主体尸位素餐。

八是对行政过程的监督，以及对过程的正当程序控制。进一步强化程序法治的理念，真正体现程序所具有的独立价值。建立严格的违反法定程序或程序滥用的审查制度，以克服目前普遍存在的程序法制虚无主义现象。通过立法确立正当程序原则，保障公民享有“正当程序权利”。在总结地方立法实践经验的基础上，尽快制定全国统一的行政程序法典。

九是对行政主体监督的广泛性与深刻性，以及对监督者本身的监督。完善行政关系和监督行政关系并重的行政法框架，不仅要实现行政关系的法定化，而且要解决监督行政关系的法定化问题。健全监督行政权的体制和机制，着重提高监督的广泛性、深刻性，确保监督效能。通过科学的制度设计破解“监督者悖论”，使监督者自身亦受监督。

十是救济范围的扩大与救济程序的类型化，以及救济有效性的提高。逐步压缩行政救济的排除范围，将抽象行政行为、行政终局行为、特别权力关系中的行为、侵犯政治权利和社会权利的行为等逐步纳入行政救济范围。另外，根据行政争议性质、救济请求内容、当事人利害关系程度等要素设计类型化的救济程序，不同类型的救济程序适用不同的规则，具有不同的功能，以便为公民权利提供更周到、更有效的保障。

法治政府是法治中国的重要组成部分和关键环节，是政治文明发展到一定历史阶段的显著标志，凝结着人类智慧。在“中国梦”展开之际，在实现国家治理体系与治理能力现代化的过程中，革故鼎新、继往开来的法治政府建设面临前所未有的机遇，也面临前所未有的挑战。只要我们以科学的思维和理性的构建精神为指导，坚持法治规律与中国国情的创造性结合，准确把握法治政府的制度逻辑，我们就一定能应对挑战、抓住机遇，使法治政府得以如期建成，并得到切实的巩固。

上 篇

- 第一章 法治政府的基本内涵
- 第二章 行政法治核心概念之检讨
- 第三章 法治行政的基本原理
- 第四章 法治政府的基本规则
- 第五章 依法行政的基本内涵及其必要性
- 第六章 依法行政的功能、要求及其实现
- 第七章 法治政府的目标及其实现