

鹿鸣集

2012年卷

华东政法大学研究生院
教育学院 编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



鹿鸣集

2012年卷

华东政法大学优秀学位论文选

华东政法大学研究生教育院
编

图书在版编目(CIP)数据

鹿鸣集:华东政法大学优秀学位论文选.2012年卷
/华东政法大学研究生教育院编. —北京:法律出版社,
2012.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3593 - 2

I. ①鹿… II. ①华… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 122845 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/25 字数/610 千

版本/2012 年 8 月第 1 版

印次/2012 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3593 - 2

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学
“优秀学位论文”评审委员会

主 任： 顾功耘

副主任： 林燕萍

委 员： 顾功耘 林燕萍 苏惠渔 刘宪权
叶 青 徐永康 朱榄叶 傅鼎生
童之伟 李秀清 杨忠孝 宣文俊
岳川夫 李 明 滕世华

华东政法大学
“优秀学位论文”编辑委员会

主 编： 林燕萍 杨忠孝 束金龙

副主编： 邵 军 王月明 张国元 冯 晖

编 辑： 胡继红 吕春辉 肖建红 戴国立

前言

“鹿鸣”语出《诗经·小雅·鹿鸣》“呦呦鹿鸣，食野之苹。我有嘉宾，鼓瑟吹笙”。曹操《短歌行》中亦有引用，描写了对有识之士以盛礼相待的场景，表现出对贤才的渴求。作为论文集的编辑者，我们希望大学能不断涌现卓越人才，书写优秀文章，传承学术薪火，彰显大学精神。在研究生教育中，学位论文优劣不仅反映人才培养的质量，也是反映学校教学、科研工作的指标，具有十分重要的意义。多年来，我校采取多种措施推进研究生教育创新计划与质量工程，强化研究生的学位论文工作，不断完善学位论文的选题、开题、研究、指导、答辩等环节，加大学位论文的培育、奖励力度，确实取得了一批具有相当质量的优秀学术成果，但我们更希望曾经在大学校园中成长的青年学子成为未来社会的中坚，事业的巨臂，国家的栋梁。

——摘自《鹿鸣集(2011年卷)》序

目录

Content

法学理论

法治建设量化评估研究 谷小娟 /3

法律史

论西班牙 20 世纪 70 年代末宪政改革 陈佳吉 /15
1937 年“宪法革命”与美国最高法院的转变 顾寅跃 /25

宪法学与行政法学

关联行政行为的连带审查研究 肖 亮 /37

刑法学

刑法去罪机制之立法应用研究 冯丽君 /49
财经犯罪刑法补充性评价
——“条件性”出罪机制研究 庄绪龙 /58
以非法手段获取信用卡并使用的行为定性研究 郑 娴 /68
论刑法中的胁迫手段 崔 淳 /77
犯罪学实证研究方法的困境及出路
——以数据问题为切入点 陆雯婷 /86
无被害人犯罪非罪化研究 严 敏 /96
黑社会组织犯罪研究 浦如一 /104
论刑法上的注意义务 薛 林 /112

民商法学

民法上生育权之反思与生育利益之保护
——以案例类型化的方法 徐 刚 /123
商标先用权研究
——以商标在先使用侵权抗辩为视角 叶赞葆 /133
论混合共同担保人之间的追偿权
——保证人与物上保证人并存的情形 冯 静 /145

共同侵权制度论

谢晶磊 /155

诉讼法学

共同犯罪案件另案处理程序问题研究	万世界 /165
人民陪审员制度的新举措及其评价	林莹 /173
刑事推定研究	张泽阳 /181
财产权保障视野下的刑事扣押制度研究	郭钊 /190
中国开展国际侦查合作问题研究	陈龙鑫 /198
上肢功能评价方法比较研究	
——以骨关节损伤肢体功能障碍为研究基础	张敏 /207
论我国强制医疗诉讼程序的建构	蒋美琪 /223

经济法学

附加福利课税法律问题研究	傅晓 /235
巨灾再保险相关法律问题研究	吴双 /244
我国民间票据中介机构法律规制探析	张君 /254
创业板市场发行人法律制度思考	张露文 /263

环境与资源保护法学

论自愿环境协议的法律性质及其合法要件	李程 /275
--------------------	---------

国际法学

海上油污强制责任保险中的第三人直接请求权研究	刘丹萍 /285
反海外腐败内国法律规制的比较法研究	董婧雯 /294
WTO 框架下补贴利益传递的法律分析	
——兼议中国首起农产品反补贴调查的适用	钟晨一 /304

法律和社会科学

我国上市商业银行效率及其影响因素分析	李珂 /319
试析提升中国共产党先进性建设科学化水平的路径	金婕 /330
宣传视域中思想政治教育社会化实证研究	曹婧 /338
和谐社会背景下我国群体性事件的发生机制	许方园 /350
激励与规制	
——公用事业民营化困境中的政府路径	黄波 /360
上海世博会志愿行动研究	赵挺 /373
我国城市房屋拆迁政策执行失范研究	
——以 N 市 D 区拆迁政策执行为例	徐捷 /382

法学理论

法治建设量化评估研究

谷小娟

一、法治量化评估的理论基础

法治量化评估作为一项创新性的研究并非单纯地依托于法治现实,它拥有坚实的理论基础支撑,也即法治的内在性质。这些内在性质为法治的具体量化提供了有力的理论论证。

(一)法治的地域性——区域主义的应用

随着区域主义理论在经济、政治、行政、国际安全等领域的适用,区域主义也被应用在法治的研究中,区域法治的提出便是建立在微观区域理论的基础上。“区域法治是指在一个政治协调统一的地域内,为体现统一的法律精神,由不同区域根据自己的特点,制定适合本区域的法治规则和制度,对社会进行治理的方式。”^[1]依照此概念的界定,各区域的法治具有不同的特点,它以本区域为基础,保留了本区域的法律文化特色,并受制于本区域经济、政治、文化的发展,因而在发展程度上亦有所不同。

区域法治理念在一定程度上为法治量化提供了理论基础。在法治意识形态及实践发展泛化的潮流中,运用实证主义的研究范式把握具体的法治实现程度注定不可能从宏观范围开启。如果从宏观范围予以量化,不利于全方位考察法治的具体实践状况,不利于把握社会各项制度与非制度层面的因素对法治产生的实际影响。无论是国际范围内国家或某一地区进行的法治量化,还是某一国家范围内区域开展的法治量化,都是从相对微观层面透视宏观范围的法治。区域法治的提出,使我们关注到区域内法治现状的具体性,从区域范围入手对法治进行量化。在法治量化的路径选择这一问题上,我们倾向于对区域内法治进行量化入手,在微观层面对法治的方方面面进行考量。在此基础上,以量化所得结果对区域内法治建设提供参考,促进区域内的法治建设。区域法治效果的优化是社会整体法治效果的基础。区域之间在交流、协调的基础上以统一的法治目标为导向而共同发展。如此一来,既可以细化地掌握各区域之间的法治状况,又能最大限度地保障各区域之间法治协调发展,避免出现法治发展的极度不平衡。

(二)法治的渐进性——阶段发展的考察

法治发展具有渐进性的特点。法治建设并非一蹴而就,法治自身的发展需要一个相当长的过程。从历史角度看,东西方法治都经历了从无到有、从不成熟到逐渐成熟、从低级水平到高级水平的成长过程。法治内容的完善、法治实现路径的选择与尝试等方面都需要长期的摸索,这一过程反映了法治的渐进性特征。

法治建设并非无源之水,这个源头就是社会主义市场经济、民主政治、理性文化的发展程度。法治发展受到社会诸多条件的制约。法治作为上层建筑的范畴,必然受制于社会经济基础。

[1] 楼伯坤、金炜亮:“区域法治与刑事政策区域化”,载 <http://www.yadian.cc/paper/24754/>。

法治以社会经济为基础,法治的实现程度取决于经济的发展程度。在全球化背景下,市场经济的繁荣发展与体制的完善需要渐进发展的过程,这也决定了法治的渐进性。同时,政治的民主化程度、社会理性文化的积淀、国家安定的内外外部环境等都将对法治的发展产生影响。不可否认,市场经济的繁荣、民主政治的实现乃至理性文化的积淀、社会安定局面的形成都需要一个长期的历史过程。没有良好的经济、社会、文化基础做铺垫,欲构筑牢固的法治大厦只能是一个妄想的梦。

法治渐进性发展的特征在两种意义上为法治量化提供理论论证。一方面,具有渐进性的法治建设代表了一定时期的社会治理状态,这一相对静止的社会状态可以使我们去考察并研究某一时段内法治的实现状况。也正因为法治的渐进性这一特点,某一时段内法治现状可以反映这一时期的法治水平是否与社会经济、政治、文化的发展相协调,同时,在法治理论研究的指导下,以当前阶段法治现实状况为范本,考察法治的实现程度是否与人民的法治需求相统一,找寻法治实现过程中的缺陷所在并予以修缮弥补。也即,法治的渐进性使得对某一历史时段内法治现状的研究有了实用价值和社会效用。另一方面,依据前文所述,法治发展受制于社会经济、政治、文化条件,各国家、地区之间在社会经济、政治、文化等条件的发展程度上差别较大,导致国家、区域之间法治发展的程度不同。这也为区域法治的研究提供了现实基础。通过对区域范围内法治进行评估量化,促进国家、区域之间在法治方面的交流对话、借鉴吸收。

(三) 法治的具体性——实际效果的追求

法治作为一种治理模式,它不仅拥有高远深邃的价值观念与理论,更有具体的规则与制度设计。它的具体性体现在法治抽象理论在制度方面的具体落实、法治目标的具体实现以及法治治理模式的具体运用。在法治价值体系、理论架构已成系统化的今天,人们开始更多地关注具体法治,研究法治应当如何实现。正如有学者所言,“法治的实质意义在于将抽象的法治转化为具体的制度安排和具体的立法实践、行政实践、司法实践,观念法治只有走上具体法治,法治才能具有本质上的价值。”^{〔2〕}事实上,空有法治的口号并不能代表什么,最终的追求在于法治的目标能够得以实现,而保障法治目标实现必不可缺的便是一系列完备的法律制度及正当的程序。“一个良好的社会制度实际上是由许许多多细微的甚至是琐碎的‘小制度’合力构成的,仿佛滚滚长江本是由无数支江细流汇聚而成。离开了具体的法治,那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。”^{〔3〕}在此意义上,法治的具体性是由诸多制度与程序来体现的。

将法治的具体性仅仅归于具体的制度与程序构建是片面的。法治的具体性还与地域发展的特殊性有关,这表现在统一的国家法治理念、法治目标以及法治的治理模式在不同地区之间的具体落实程度与方式上存在差别。除此之外,依据法治的整体性理论,“法治与秩序、政治、经济、思想文化意识、道德现状、国家法治环境等各个因素之间相互联系、相互整合或多重整合。”^{〔4〕}故法治的具体性还体现在社会生活中各种非制度因素上。

法治的具体方面成为法治量化评估的客观对象,为法治量化评估提供了最基本的素材。

〔2〕 刘炳君:“中国法治:从静态到动态,从抽象到具体”,载《政法论丛》2008年第6期。

〔3〕 贺卫方:《具体法治》,法律出版社2002年版,第4页。关于具体法治的论证,另参见贺卫方:“走向具体法治”,载《现代法学》2002年第1期。

〔4〕 卓泽渊:“论法治的整体性”,载《现代法学》2003年第2期。

从实证主义角度对法治进行量化,必然要将重点放在对具体制度乃至非制度层面的评价与考核上。欲对法治尽可能全方面的量化,不仅要关注各种不同的群体对各项具体制度在制定、执行、实效等方面的主观评价与客观认知,还要尽可能对社会生活中各种非制度因素的影响进行评估。而后者则因其复杂性、多样性而更加难以把握。

二、法治量化评估的实践探索

尽管法治指数的理论与实践均处在摸索阶段,并且面临的难度较大,但这并非意味着法治指数项目不可为。目前全球性以及国内的法治指数均已经获得了实践性的成果,突出的表现在于法治指数的出现。

(一)法治指数的内涵

在社会生活中,我们经常谈论到关于民主指数、经济指数、幸福指数、CPI指数等,这些指数都是借助一定的计量方法得出具体的数值,通过这一数值来体现某一领域的发展情况。在法治理论的创新与发展中,法治指数进入人们的视野。

“法治指数是对法治精神和文化建设、法治规范和制度建设、法治行为要求和活动方式的具体化、量化和数字化的一种评价指标体系。旨在通过一定的评估体系,借助数学、统计学等学科知识,用一个具体的数值来反映某一地区法治状况。”〔5〕在这一定义的描述中,法治指数与法治的评价指标体系相等同。笔者认为,法治指数是一种相对数的形式,将作为对比基准的法治水平视为100,那么法治指数则是经过对法治现实状况的考察,运用科学的数学公式将法治现状用数据方式表示出来,这个数据表示当前法治水平相当于基准水平的多少。法治指数指涉的内容具有全方位、多元化的特点,它是法治评价指标体系为参照,对法治实践的现实状况进行丈量,并借助科学的计量方法得出数值,从而将法治展现为可以衡量与比较的量化数据,这一数值是某一地区法治状况的浓缩,法治指数的计算过程便是对一个地区法治状况的描述、说明、分析与比较。法治指数既可以表示法治水平在时间维度上的变动情况,也可以进行不同空间的法治水平的横向对比。

(二)法治指数的实践

1. “世界正义工程”发起的全球法治指数评估

“世界正义工程”(the World Justice Project)是由美国律师协会联合国际律师协会、泛美律师协会以及泛太平洋律所协会等律师组织于2008年发起,其目的在于促进世界范围内的法治不断发展与进步、促进公平正义的实现。该工程经过长时期、广范围、宽领域的考察与研究,制定了可为世界各国普遍接受的法治评估指标体系2.0版本,该评估体系集中对政府可靠度、保护基本权利的公开而稳定的法律、开放、公平和高效的法律程序以及接近司法正义四组内容进行评估,在四组内容下又设有更为精细的16个一级指标和68个二级指标。〔6〕评估所采用的数据来源于两种途径,分别为“普通人口抽查”方式和“专家型受访者问卷”方式,其中后者组成人员中多数为与法律有关的各领域专家学者。

“世界正义工程”经过三年的努力于2010年发布了第一轮法治指数评估报告,“报告并没有列出单一排行榜,而是将国家按照收入高低与地区分组,再以9个种类给政府排名,

〔5〕 杭州市综合考评委员会办公室:“法治指数的研究与实践——杭州推出全国首个城市法治指数的意义和可行性”,载 <http://www.hangzhou.gov.cn/kpb/cxcymb/2008cxcy/T285770.shtml>。

〔6〕 “世界正义工程”制定的法治评估指标体系具体内容及详细解读,参见赵昕:“可以量化的正义:衡量法治水平的十六项‘法治指数’(上)(下)”,载《人民法院报》2010年6月18日,第5版。

包括清廉指数、法律明确与稳定程度、行政透明,以及司法公正指数等”。〔7〕根据这份报告,我们可以清晰地看到被评估的国家各项法治指标的水平以及在法治建设中的优势、缺陷所在。各国还可以根据考察的数据同本区域内其他各国或者同等收入水平的其他各国进行法治建设方面的比较。

2. 我国部分地区发起的局部法治指数评估

(1) 我国法治量化评估的实践

在世界范围内,率先启动法治指数评估项目的为我国香港地区。香港于2005年在香港社会服务联会的倡导和赞助下开展法治指数的研究。该项研究旨在建立香港地区的法治指数,为香港的法治建设提供可参考的信息并可作为与其他社会法治发展进行比较的基础。香港开展法治指数的研究基于对法治的深入理解上,选取了对法治理解的侧重点,目的在于可以使得研究更为集中和准确。香港法治指数的评估包括四个方面的内容:一是集中概括了法治最基本的7个方面作为一级评估指标,其下分设更为精细的二级指标;二是可以直接衡量法治实施程度的数据,包括罪案率、律师服务率、法律援助率等;三是公众对法治运行状况的主观观感;四是法律界行内专家以及比较组别成员对法治7个方面要素的权重认知考察,其中前者组成人员包括立法、执法、司法领域的人员以及法律专业人士,后者经特殊挑选包括法律教授、法科学生、法律版记者等。〔8〕经过最后的计算,得出2005年香港法治指数为75分。

我国大陆地区开此项目先河的为浙江杭州市余杭区法治指数项目的实施。余杭法治指数研究基于法治的阶段性理论,目的在于衡量法律制度的实施效果,促进本地区乃至全国的法治建设。余杭法治指数在运行过程中,其评估的方式与香港法治指数大致相同,依据法治理论以及本地区的具体情况制定法治评估指标体系,并进行人民对法治的满意度调查,同时抽取内部组与外部组人员对法治指标权重打分。余杭区与香港地区的法治指数尽管在评估方式上大致相同,但是也存在明显的区别,这一不同点在于评估指标的集中度不同。

北京市、深圳市以及上海市以及上海静安区等地也启动了法治量化评估的项目,至今已取得一些研究的成果。例如,北京市为推进法治化城市建设的进程、掌握北京市依法治理的工作开展了法治评价指标体系的研究工作,设计出《北京市法治建设状况综合评价指标体系》,并在此基础上设计出关于各项法治指标权数的计算方法。〔9〕上海市侧重于对“依法行政”的考察,以构建“服务政府、责任政府、法治政府”为目标,对政府依法行政的实际运作情况进行评估。深圳市进行了法治政府评价指标体系的研究工作,制定了《深圳市法治政府建设指标体系(试行)》,重点对政府在制度建设、机构编制与职责、公共财政管理等方面予以考察。2008年,昆明市启动《法治昆明建设量化评估体系》的研究项目。2010年,上海市静安区也启动了《关于构建静安区法治指数指标体系的研究》项目,旨在促进静安城区的法治建设。安徽、四川等其他地区也在酝酿本地区的法治量化评估项目。

〔7〕 “《法治指数》排名公布·新加坡治安最好·美差强人意”,载 <http://tech.sinchew-i.com/ny/node/179425>。

〔8〕 关于香港法治指数的具体考核指标以及计算程序,参见戴耀廷:“香港的法治指数”,载《环球法律评论》2007年第6期。

〔9〕 王称心、蒋立山主编:《现代化法治城市评价——北京市法治建设状况综合评价指标体系研究》,知识产权出版社2008年版,第59页。

(2) 我国法治量化评估的特点

由上述各地开展的法治量化评估的实践情况介绍我们可以看到,我国各地区进行的法治量化评估的实践与探索不局限于单一的形式与角度,从本地区发展的实际情况出发,更多地吸纳本地区的社会文化特色,选取法治建设中的某一侧重点进行考察。具体而言具有以下显著特点:

一是侧重对政府依法执政的考察。与“世界正义工程”进行的法治指数与香港的法治指数相比较而言,我国各地区进行的法治量化评估指标体系研究或法治指数研究注重对政府依法执政、法治政府的构建进行考察研究。

在余杭法治指标体系中包含了“全面推进依法行政、努力建设法治政府”的指标,依据余杭区2008、2009法治指数,该项指标的权重得分在9项一级指标中居于前三位。无论政府工作人员还是普通民众均认为该项指标在法治建设中具有举足轻重的地位。上海市发布的《上海市依法行政状况白皮书》也重在对政府依法执政进行考察评估。深圳市则直接对法治政府的构建进行研究,制定出法治政府指标体系。

法治量化评估的这一侧重点说明当前在我国法治建设过程中对政府依法行政提出较高的要求,也足以说明法治政府的构建、政府依法行政对于整个社会法治运行的重要性。政府在行政执法的过程易对公民的权利、义务产生较大程度的直接影响,这就决定了行政行为更应当在法律之下进行。正如行政法学家威廉·韦德所说,在法治国家中,依法行政要求“每个政府当局必须能够证实自己所做的事是有法律授权的……政府行使权力的所有行为,即所有影响他人法律权利、义务和自由的行为都必须说明它的严格的法律依据。”^[10]

二是侧重对公众对法治主观观感的考察。我国香港地区、杭州市余杭区、北京市、上海市等地区所研究设计的法治量化评估指标体系均包含对人民的满意度调查,考察与了解公众对法治建设状况的评价与主观观感。这一侧重点使得法治量化评估可以在一定程度上反映民意的需求,通过对公众主观观感的考察,政府可以知晓法治的各项制度是否真正为民所设、制度的效果是否为民所认可,在此基础上感知民众的实际法治需求,并以此作为法治改革的依据。同时,这一侧重点与全球范围内注重人权保障的趋势相一致,有利于对人的自身价值的深层次关注,促进人的自我价值的实现、增强公众的幸福感。

三是法治评估指标体系不统一。在我国各地区所进行的法治量化评估实践中,并不采用统一的法治量化评估指标体系,而是各自研究讨论形成自己的评估指标体系。尽管法治具有区域性的特点,立足于区域的具体情况设计的评估指标体系更有利于考察本区域的法治建设状况,但是我们也应当看到,各地纷纷出台自己的法治评估指标体系,尤其是在细微的考核指标上还存在较大的差异。法治评估标准的不统一弱化了法治量化评估的横向对比功能,不利于全国法治建设的统一协调发展。各地区仅可在时间维度进行纵向对比,考察本地区的法治建设的现状以及发展情况。此外,法治评估指标体系不统一、考察的侧重点不统一,各地所得出的法治指数则不可在同一层面上考察,也就无法起到激励与鞭策的作用。

四是自上而下的启动与自下而上的参与相结合。除香港地区的法治评估之外,我国其他地区进行的法治量化评估大部分由政府部门直接启动,委托民间专家、学者或第三方机构进行调研。就总体的法治评估而言,都离不开政府各相关部门的支持,在评估过程中,政府

[10] [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第23页。

相关部门需要向评估调查人员提供相关的数据资料等,除此之外,官方的自我评估也占了一定的份额。例如,在余杭法治评估中,政府内部各部门的自评与评估专项组对政府部门的评价分数占余杭法治指数最终得分的35%;香港的法治评估中评审者来自随机挑选的政府官员、执法官员、法官人士、立法者等。法治量化评估还依赖自下而上的参与,这主要表现在对公众的满意度调查,以及抽选特定的群体对政府部门测评以佐证政府部门的内部自评。

这种自下而上的启动与自下而上的参与相结合的方式有利于从政府各部门、民众的双重角度评价法治状况。但是政府官员的支持和参与也引来了较大的争议。有人认为最终量化的数字极易被政府所操纵,成为“协调”出来的数据,或者成为政府的“遮羞布”、为自己颁发的“奖状”等。^[11]

三、法治指数对现实的丈量

法治指数是对法治建设状况的丈量,表征着一个地区在某一时期内的法治建设水平。客观认识法治指数的客观实际效能,是正确对待并运用法治指数的基础。同时也应深入分析探索更好利用这一制度的途径。

(一)法治指数的实际客观效能

1. 法治指数可以量化法治现实

法治指数研究将法治的内在本质量化、细化、直观化,通过对一系列法治评估指标体系的考察,我们可以通过法治指数对某一国家或地区的整体法治现状有直观的把握,可以通过对细化的法治评估各项指标的数据进行分析,考察法治建设过程中的疏漏与不足之处,并及时予以修补完善。法治指数具有三种意义上的目的,一是对现实法治状况的描述;二是为法治改革提供现实依据;三是为国家、地区之间进行法治建设的对比借鉴提供基础性资料。总体而言,法治指数的后两种目的都建立在对法治建设现状描述的基础上。也即,透视法治建设现实状况是法治指数的首要目标,也是基础性目标。

2. 法治指数无法涵盖法治现实的全貌

法治指数对于法治建设具有显著的功能与重要的意义,但是我们也应当看到,法治指数无法涵盖法治现实的全貌,也无法对法治实施现状进行全面的展现。法治指数所具有的局限性主要因于以下两点因素:

(1)主观评价因素的随性

我国各地区进行的法治指数评估普遍融入了对民众的满意度调查,考察公众对法治现实的主观评价与感受。这对关注民众的感受、倾听民众的法治需求具有重要的意义。但是不可否认的是,对民众的随机抽选具有任意性,被调查者的评价与感知具有较强的主观性,这种主观评价是否能在一定程度上代表其所处的群体、是否能够表达其所代表的群体的利益诉求、是否具有一定的普遍性价值都是值得进一步关注的问题。此外,对法学专家、学者的评价也有一定的不确定性,对某一地区的法治状况予以考察并进行评估,这不仅要求专家学者掌握足够的法律知识与法治理论,还要求其熟悉所考察地区的社会、人文等情况,这样才有助于法治评估的针对性。正如香港法治指数的研究者戴耀廷所指出的,“利用公众观感来评价一个国家或地区的法治情况也未必正确。学术界的人士也未必有足够的内行知识

[11] 杜福海:“法治政府不能成为政府的敲门砖和遮羞布——访法治余杭量化评估课题组组长钱弘道教授”,载《法制日报》2008年7月6日,第2版。

来做出准确的评价。”^[12]

(2) 法治评估聚焦点的差异

法治的内涵复杂,具有多元的内容,富勒在其论述中曾指出,“毋庸置疑,法治的精髓在于,在对公民采取行动的时候(比如将其投入监狱或者宣布他据以主张其财产权的契据无效),政府将忠实地适用规则,这些规则是作为公民应当遵守,并且对他的权利和义务有决定作用的规则而事先公布的。如果法治不意味着这个,它就没有什么意义。”^[13]随着经济全球化的发展,法治在本质内容上开始关注全球市场化的要求以及重视人权的保护。在对法治进行量化评估时,评估人员往往选取法治的某一内涵作为重点来考察,对法治本质内容的不同侧重也将影响法治指数对法治现实全貌的反映。例如,世界银行在考察法治指数与经济发展之间的关系时,认为“法治的本质在于人民究竟在何种程度上信任和遵守该国的正式规则,这些规则是否公平和能否预期,财产权怎样得到保障。”^[14]香港进行法治指数的研究时,对法治的理解着重于看政府是否透过法律和在法律之下行事,而疏于对价值性问题即法律内容是否确认某些基本人权和价值的考察。“世界正义工程”在进行法治指数的研究时主旨在于促进各国公平正义的早日实现,这就决定了其法治指数更多地聚焦于法治在促进公平正义实现问题的社会实效。

在法治评估过程中选取一定的价值视角是力求使法治指数精确的需要,但这又与法治量化评估力求全面展现法治建设现实状况的要求之间产生矛盾。

(二) 法治指数的深入应用——以我国为评价范本

在考察法治运行现实状况方面,法治指数具有不可忽视的作用。作为一种创新性的研究方法,法治指数所具有的功能与意义怎样才能被最大限度地激发出来,这需要我们必须对法治指数进行深入解读。我们并不关注法治指数的或高或低的“数据”,而应当关注这些“数据”背后所隐藏的含义。目前我国多个地区已经实施或即将实施法治指数项目,本文以我国法治指数的实践为评价对象,分析如何深入解读法治指数,促进其效用的发挥。

1. 关注不同群体的法治需求

人权保障既是法治蕴含的内容之一,也是法治发展所追求的目标。对人自身价值的尊重、对人的主观意愿的倾听以及对人的法治需求的关注始终贯穿于法治建设的全过程。法治对人的保障应当建立在知晓民众法治需求的基础上,只有真正知晓人民的法治需求,才能使法治建设切中要点、进展顺利。知晓群众的法治需求,意味着政府与人民之间需要沟通,这种沟通是双向的,既有政府对人民诉求的倾听,也有人民对政府决策的理解。“良性的法治进展,要求在法治的需求者与供给者之间形成良性的互动。一方面,政府对人民的诉求,必须尽快予以回应;另一方面,人民对政府决策的复杂性,以及向法治转型的艰巨性,应当有恰当的估计。”^[15]我国实践中的法治评估量化侧重考察人民对法治建设的满意度以及其他主观感受,因此,法治指数在一定程度上成为群众表达其法治需求的途径,也成为政府知晓群众法治需求的渠道。

首先,知晓公众的现实法治需求须以公民对法治建设拥有评价权为基础。公民是法治

[12] 戴耀廷:“香港的法律指数”,载《环球法律评论》2007年第6期。

[13] [美]朗·L.富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第242页。

[14] 季卫东:“以法治指数为鉴”,载《财经》2007年第10期。

[15] 孙笑侠等:《先行法治化——〈法治浙江〉三十年回顾与未来展望》,浙江大学出版社2009年版,第8页。

建设中的重要主体力量,同时人权的保障也是法治建设所追寻的目标之一,这就要求我们应当以公民需求的视角进行法治量化评估。事实上,民众是真正同法律制度发生密切联系的人,是在生活中真正需要法律制度、利用法律制度的人,对于各项制度的评价而言,民众具有发言权。在法治量化评估中将评价权交给公民来行使,才能真正知晓公民的现实法治需求。公众评价法治状况是实现公众对法治现状满意的前提条件。

其次,知晓公众的现实需求须以关注不同群体法治需求的多样性为重点。当前我国正处于社会转型期,由于历史、人文以及政策等各方面因素,我国突出的存在区域之间发展不平衡、城乡之间发展不平衡的问题,这不仅是单纯的经济问题的不平衡,同时也是各类群体自身素质发展的不平衡。随着改革开放程度的延伸以及市场经济的发展,社会群体不断呈现出多元化的特点,多元化的主体具有不同的法治需求。不同的群体在权利诉求、维权途径、法治需求等方面均存在较大的差异。这就要求政府在法治建设过程中必须切实关注不同群体的实际法治需求,并结合实际情况及时的给予回应与反馈,否则,法治发展不平衡的现象将更为严重,这也违背了基本的法治理念的要求。

在法治量化评估过程中,考察人民对法治的主观观感时,应当区分不同的群体,而不是泛泛地随机抽取。针对不同群体的不同法治需求,及时调整法治建设的思路与方式,及时调整法治发展的侧重点,使不同群体的法治需求得到满足,如此一来可促进法治的统一协调发展。“制度的设计者如果不了解公民的意愿,以拍脑门的方式规划制度改革,恐怕会贻笑大方。”^[16]在此意义上,应当在法治量化评估过程中注重通过实证调研了解人民的真实愿望,并能认真对待人民的法治需求,从而在制度建设中顺应人民的需求,最终实现法治建设与公民的实际需求相一致。

2. 政府政绩考核引入法治评估

在构建法治社会过程中,法治往往会遭受到各种各样的威胁和破坏,在诸种影响因素中,公权力的行使违背法律是对法治的最强有力的破坏,因此,构建法治社会、用法律来规制公权力行使是法治的关键要素。“法之不行,自上犯之。我们今日提倡法治,如果不能使政府官吏尤其行政和军事方面上下各阶层的当权者,认真守法,则所谓法治云云,充其极也不过是‘只准州官放火,不许百姓点灯’的法治,是‘礼不下庶人,刑不上大夫’的封建意义的法治,而要达到使政府官员认真守法的目的,唯有把法治建筑于民主政治的基础之上。”^[17]

法治指数既是对法治建设中各项指标的现实状况的量化,同时又是对政府践行法治的数据表征。法治社会需要明确政府的责任关系,并将政府责任用法律制度的形式确定下来,从而形成对政府责任的约束和规制,而法治指数是这种约束与规制的检验载体。

首先,在我国目前进行的法治量化评估项目中,政府为自己的行为进行评价是法治量化评估的一部分。这其中存在一定的矛盾,也是学者质疑法治指数的原因之一。尽管我国法治生成的路径选择多由政府从上自下主导,这符合我国当前的国情,但是在法治量化评估过程中,政府行使权力本应成为被考察的一部分,而政府却成为评价自身的主体。面对这种悖论的存在,我们认为,在进行法治量化评估时,评估机构应当由第三方担任。评估机构由独立的第三方承担,这不仅是保障法治指数客观性、科学性的需要,也是真正还法治量化评估权于人民的需要。

[16] 程金华:“中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角”,载《中国社会科学》2009年第6期。

[17] 韩德培:“我们所需要的‘法治’”,载《法学评论》1995年第4期。