

◆ 金国坤 / 著

依法行政的现实基础

——影响和制约政府依法行政的因素分析



中国政法大学出版社

国家社会科学基金项目课题

《依法行政环境研究》之一

依法行政的现实基础

——影响和制约政府依法行政的因素分析

金国坤 著

中国政法大学出版社

I (CIP) 数据

依法行政的现实基础:影响和制约政府依法行政的因素分析/金国坤著. - 北京:中国政法大学出版社,2001.10

ISBN 7-5620-2170-8

I.依… II.金… III.行政执法-研究-中国 IV.D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 069897 号

☆☆☆☆☆

书 名: 依法行政的现实基础:

——影响和制约政府依法行政的因素分析

出版发行: 中国政法大学出版社

经 销: 全国各地新华书店

承 印: 军事科学院印刷厂

开 本: 850×1168mm 1/32

印 张: 13

字 数: 332 千字

版 本: 2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 0 001-3 000

书 号: ISBN 7-5620-2170-8/D·2130

定 价: 20.00 元

社 址: 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码:100088

电 话: (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱: zf5620@263.net

网 址: <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明: 1. 版权所有,侵权必究

2. 如发现印装质量问题,请与出版社联系调换。

序

“依法治国，建设社会主义法治国家”，是党的十五大确定的治国基本方略，也是我国的一项宪法原则。依法行政作为依法治国基本方略的重要组成部分，对于贯彻依法治国基本方略具有决定性意义。行政权是与社会公共利益和公民个人利益联系最经常、最广泛、最密切的国家权力。将行政权力的行使纳入法制化轨道，全面推进依法行政，不仅是加强行政法制建设的必然要求，而且是实践“三个代表”的必然要求和重要内容。我国是社会主义国家，我国的宪法和法律是中国共产党领导全国人民制定的，是党的路线、方针、政策与人民意志的统一，应该体现“三个代表”的重要思想。坚持和实行依法行政，从制度上和法律上保证了政府的活动体现先进生产力发展的要求；体现中国先进文化的前进方向；体现人民意志和为人民服务的宗旨。

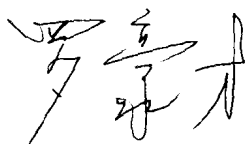
依法行政，不仅是党和国家对各级行政机关的一项重要的政治要求，也是行政法制建设中所必须遵循的一项重要法治原则。其具体含义主要包括：第一，职权法定，越权无效。行政机关必须依法组成，行政编制法定，行政职权法定。虽然行政职权的具体内容因行政机关而异，不同的行政机关所享有的行政职权内容有别，但都必须基于法律的授权。第二，遵循法定程序。行政机关的行政行为不仅要符合法律的实体性规定，还要符合法律的程序性规定。行政程序伴随着行政活动的全过程，没有无程序的行政行为。第三，不得滥用自由裁量权。行政机关在行使自由裁量权，即在法律规定的范围内选择有关行政行为的方式和内容时，应当遵守合理性原则，

尽量做到合理与适当。第四，违法行政应承担相应的责任。行政机关享有或行使的行政职权，同时也是其必须履行的行政职责。如果行政机关及其工作人员抛弃或违反行政职责，应承担相应的责任。这种责任因行政机关及其行为性质的不同而分为政治的、法律的、行政的责任。

从现代行政法制建设的全局看，依法行政并不是要求“政府无为而治”，不是只要市场、不要政府，把政府控制得死死的，而是要通过法治的制度安排和机制、程序设计，实现既制约行政主体滥用行政权，预防制裁违法行政，又支持和激励行政主体积极行政，为公共利益与公民个体利益的增长创造更多机会；同时为相对方积极实践法定权利，依法积极有序地参与行政，监督行政权的行使提供法律保障。促成行政主体与相对方之间的互动与合作，实现行政的目的，是依法行政的题中之意。

毋庸置疑，在我国的民主、法治建设进程中，各级人民政府继续推进体制改革，致力于建立和完善办事高效、运转协调、行为规范行政管理体制，致力于政府管理的公开性、公正性，从而为依法行政奠定了良好的基础。广大行政机关和公务员的民主与法治观念进一步树立，公务员队伍素质得到较大的提高，自觉接受监督的意识进一步增强。实现依法决策、依法管理已见明显成效。但是，我们也应当看到，依法行政的状况仍有不尽如人意之处，违法行政的现象还时有发生。为什么国家制定了诸多良法，中央三令五申，但有法不依、滥用权力的现象仍屡禁不止，甚至愈演愈烈？到底影响和制约行政机关及其工作人员严格依法行政的因素有哪些，是我们必须探讨和思考的问题。这样才能对症下药，寻求实现行政法治之路。本书的作者金国坤同志经过广泛的调查研究，就依法行政的现实基础进行了系统分析，通过一个个相对独立的专题，从依法行政的环境角度分析了阻却依法行政的各种外部因素，就如何营造良好的行政法治环境及相关问题进行了论述，为依法行政的理论研究

开辟了一个新的视角。本书涉及面广，资料丰富，足见作者进行了扎实的基础调研工作和认真思索。金国坤同志在北京大学上学期间，是一名刻苦钻研的学生，对行政法研究情有独钟。值此新作出版之际，欣然作序，以资鼓励。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters. The characters appear to be '罗永才' (Luo Yongcai), written in a cursive, flowing style.

2001年10月

前 言

近几年来，国内行政法学界加强了对依法行政问题的研究，有关依法行政方面的专著和论文层出不穷。但对依法行政研究的重点一般集中在依法行政是依法治国的关键、依法行政的内容、实现依法行政的途径等方面，而对现实政府法制实践中影响依法行政的客观因素尚未进行过系统的调查研究和分析。

依法行政是一项巨大的系统工程，它需要中央的号召和推动，需要制定完备的行政法律规范，需要广大行政机关工作人员的自觉行动，同时更需要为政府依法行政创造一个良好的依法行政的条件和环境。在政府法制实践中，国务院作出了关于全面推进依法行政的决定，各地依法治省（市、县），依法治税、治林等如火如荼。人们也发现，尽管国家制定了诸多良法，中央三令五申，但有法不依、滥用权力等现象仍屡禁不止，甚至愈演愈烈。其原因是什么？影响政府依法行政的因素到底有哪些？这是摆在理论研究和法制实践部门面前的必须认清和解决的问题，也是本书试图探讨研究的问题。

受国家社会科学规划办公室的委托，笔者对影响和制约政府依法行政的外部客观因素进行了调查、分析和研究，就我国目前依法行政的政治、经济、社会和文化基础分别进行了系统研究。笔者认为，党政关系尚未理顺、宪政体制的缺失、行政体制的弊端、民主制度的不健全以及监督机制的薄弱是依法行政难的政治因素；经济上的市场经济和管理体制上仍残留的计划经济下的管理方式导致部门利益化、行政管制和行政垄断使依法行政的经济基础不稳；社会

2 前 言

组织结构的变化、贫富分化、市民社会尚未形成使依法行政缺乏社会基础；人们对法制的严重不信任、人情风关系网甚至系统性腐败制约依法行政；几千年封建等级特权思想和人治传统难以树立法律至上的法治观念；西方国家行政法治的制度和观念也在不断地影响和冲击中国行政法治的进程。

本书借鉴了前人对依法行政方面的许多研究成果，尤其是各地方对政府依法行政的调研报告，在此不能一一列明，一并表示感谢。同时需要指出的是，由于精力和经费的局限，笔者无法对全国各地、各部门全面进行系统的调查了解，书中引用统计数据难免会以偏概全，论点也难免出现片面性和错误，因此仅作参考。

金国坤·
2001年8月



作者简介

金国坤

浙江桐乡人，1962年出生，北京行政学院副教授、中国法学会行政法研究会理事。1984年毕业于北京大学法律系；1986年至1989年北京大学法律系研究生，主攻行政法，获北京大学法学硕士学位。主要著作有：《依法行政》、《行政法与行政诉讼法通论》、《行政处罚法通论》、《行政监督概论》、《中国行政程序法纲要》等，在《中国行政管理》等行政、法学杂志上发表行政法方面的论文几十篇，主持和参加国家社会科学基金项目《依法行政环境研究》、《行政组织立法研究》等项目的科研。

目 录

序	(1)
前言	(1)
依法治国与依法行政	(1)
一、从依法治国谈起	(1)
二、依法行政与依法治国的关系	(15)
三、依法行政的内涵和要求	(24)
依法行政的现状、问题和对策	(34)
一、依法行政的历程与成就	(34)
二、依法行政的问题及其表现形态	(39)
三、依法行政难的原因分析	(49)
四、实现依法行政的途径	(59)
依法行政的宪政背景	(69)
一、宪法与行政法的关系	(69)
二、依法行政的宪法基础	(79)
三、中国宪政体制的脆弱性及其对依法行政的 负面效应	(83)
四、完善宪政体制，监督政府依法行政	(85)
依法行政与党的领导	(96)
一、党政关系的历史探索	(96)
二、党的领导是依法行政的根本保证，依法行 政是坚持和加强党的领导的重要途径	(107)
三、党必须在宪法和法律的范围内活动	(113)

2 目 录

依法行政与监督制约机制	(122)
一、实施有效监督是依法行政的切实保障	(122)
二、现行监督机制的特点及其利弊	(126)
三、层级监督的是是非非	(131)
四、“焦点访谈”现象	(138)
依法行政的民主基础	(142)
一、社会主义民主的本质内涵和要求	(142)
二、行政公开	(144)
三、行政参与	(148)
四、民主监督	(151)
五、公民权利和政治权利的保障	(156)
依法行政与行政领导管理体制	(159)
一、行政领导管理体制的改革为行政主体依法行政 奠定了组织基础	(159)
二、职权法定与权限冲突	(162)
三、部门利益化与执法扭曲	(180)
四、双重领导与地方保护主义	(184)
五、首长负责制与领导干预	(187)
六、干部任用考核奖惩制度与唯上不唯下	(193)
公务员素质与依法行政	(196)
一、公务员队伍现状	(196)
二、公务员行政法律意识	(198)
三、公务员依法办事的能力和水平	(206)
四、加强培训是提高公务员行政法律素质的必由 之路	(208)
市场经济与依法行政	(213)
一、依法行政是市场经济的必然要求，市场经济 是行政法治的经济基础	(213)

二、市场经济体制下政府的经济职能	(221)
三、政府管制、宏观调控与行政审批	(236)
四、政企关系和行政垄断	(248)
五、此消彼长——市场经济体制下政府经济管理模式的转换	(258)
WTO 对政府依法行政的要求和影响	(264)
一、WTO 规则与法律的统一实施	(265)
二、WTO 与法律透明度	(268)
三、WTO 与行政行为的司法审查	(274)
四、加入 WTO 对政府依法行政的推动作用	(277)
依法行政的社会基础	(287)
一、市民社会是行政法治的社会基础	(287)
二、当前中国社会阶层结构的变化及对依法行政的要求	(290)
三、贫富分化和社会公正	(299)
四、农业、农村、农民问题与法律下乡	(302)
依法行政的信仰基础	(312)
一、政府推进型法治道路的局限性及其对公众行政法认知的影响	(312)
二、法律信仰与信仰危机	(319)
三、行政诉讼的尴尬	(325)
中国传统法律文化对现代政府依法行政的影响和制约	(331)
一、中国传统法律文化的基本精神	(331)
二、中国古代行政法规范对统治者的规范及其运作	(343)
三、中国法律传统及其古代行政法制度对依法行政的积极意义	(351)
四、中国传统法律文化对依法行政的负面影响	(357)
五、关于清官政治	(364)

4 目 录

西方国家行政法治观念对中国政府依法行政的影响和冲击	(368)
一、西方国家依法行政的发展趋势	(368)
二、西方国家依法行政对我国的启示	(372)
三、中国行政法治之路与法律移植	(375)
附录 《依法行政的现实基础》公民问卷调查报告	(384)
主要参考资料	(391)

依法治国与依法行政

干部依法决策、依法行政是依法治国的重要基础。

——江泽民

依法治国、建设社会主义法治国家是党领导人民治理国家的基本方略。这一治国方略的提出和推行，为依法行政提供了大环境。同时，依法治国局面的形成，更有赖于一切政府机关严格地依法行政。依法行政是依法治国的重要基础和关键一环。研究依法行政与依法治国的关系，对于进一步理解依法治国和依法行政的科学内涵，认清依法行政在依法治国中的重要地位和作用，创造良好的行政法治环境，具有十分重要的现实意义。

一、从依法治国谈起

党的“十五大”报告提出了“依法治国、建设社会主义法治国家”的治国方略，1999年宪法修正案又将这一治国方略纳入了国家的根本大法，庄严宣告：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”从此，建立社会主义法治国家便成了党和国家的奋斗目标。

走依法治国的道路，建设社会主义法治国家，是在对建国以来我党执政经验的科学总结的基础上形成的。十一届三中全会以后，邓小平同志针对十年“文化大革命”的惨痛教训以及党和国家领导制度中存在的种种弊端，提出了加强社会主义民主和法制建设的要

求。他认为，我们过去发生的各种错误，固然与某些领导人的思想、作风有关，但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。制度好可以使坏人无法任意横行，制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面。即使像毛泽东同志这样伟大的人物，也受到一些不好的制度的严重影响，以至于对党、对国家、对他个人都造成了很大的不幸。毛泽东同志虽然认识到这一点，但是由于没有在实际中解决领导制度问题以及其他一些原因，仍然导致了“文化大革命”十年浩劫。邓小平同志沉重地指出，这个教训是极其深刻的。^{〔1〕}〔Unregiste1〕因此，他指出，要通过改革，处理好法治和人治的关系。^{〔2〕}提倡法治正是在反对人治的背景下提出来的。

法治与人治相背。人治是个人、少数人或集团的统治，依赖个别君主或领袖的英明睿智以及特殊才能，带有很大的随意性，没有规律、确定性可言。如果遇到一代明主，则天下有幸，但遭逢暴君，则万民倒霉。有时英明一世也难免糊涂一时，仅这一时糊涂就会给民众带来巨大的灾难。在人治状态下，被统治者不能合理地指望自己的行为只要不违反公开发布、人所共知的法律规则，便不会受到统治者主观随意的惩罚。人治国最高统治者的权力是至高无上的，不受挑战、监督和制约。而在实行法治的国家，其最高权威不是某些随心所欲发号施令的个人或集团，而是按照人民的意愿建立起来、由独立的司法机构执行、并以权力制约方式维护的整套法律制度及其运作方式。法治国是法律的权威至高无上的现代国家。尽管法治国也是由人创制和操作的，并不否定人的主体地位，但一旦形成了真正的法治状态，实现了规则统治，规则会凌驾于主体之上，人在规则所编织的关系中会消失主体性。各类关系中的人，如同游戏中的游戏者被游戏一样，成了法律规则的“俘虏”，而不能

〔1〕《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第333页。

〔2〕《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第177页。

自主，不能左右法治。^{〔1〕}在美国，法治与法律最高是同义语，而和人治的意义相反。即社会秩序的建立由法律规定，不是由统治者的意志决定。统治者必须根据法律行使权力，法律是最高的权威，统治者也在法律的支配之下。^{〔2〕}正如潘恩（Paine，1737年—1809年）形象地指出的：“在专制政府中国王便是法律，同样地，在自由国家中法律便应该成为国王。”^{〔3〕}

法治也不同于法制。法制一词在我国被广泛使用，如革命法制、社会主义民主和法制。一般而言，法制在静态意义上是指法律和制度，加强法制建设主要是指制定各种法律规范，健全各项制度；动态意义上的法制即立法、执法、司法、守法，以及对法律实施的监督等各个环节构成的一个系统，也就是邓小平同志提出的，十一届三中全会所确定的社会主义法制建设总方针，这就是：有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。法制国的统治者一般注意按照一套法律制度和规则来进行统治，办事通常有条文作为依据，因而不同于事事处处都依靠最高统治者口头或书面命令的主观统治方式。由于其统治方式有一定的规律、规则可循，人民对于统治者和自身行为的合理性有所预期，故法制国比人治国是一种进步。但在奉行法制的国度里，只要统治者制定了大量的法律规则，并由执行机关严格执行，就已经实现了法制，而人民的权利是否已得到了切实的保护，则是题外之意。在法制国中，其最高统治者或立法者的权力仍然可能不受挑战和制约，比如，封建专制国家也可能是法制国家，只要其行政和司法行为主要依照写成条文的法律或规则。但由于帝王本人的权力仍然是至高无上、不受制约的，他仍可以随

〔1〕 高鸿钧：《法治：现代社会的理性抉择？》，法学家访谈丛书《中国当代宪政与人权热点》，昆仑出版社2001年版，第20页。

〔2〕 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第112页。

〔3〕 〔美〕潘恩著，马清槐译：《常识》，商务印书馆1961年版，第54页。

其意志而废除、修改法律，或制定新律；最重要的是各种法律只是约束臣民的，并不能约束帝王自己，因而其国家仍然不能避免主观随意的专制统治。^{〔1〕}即使在我们这样的社会主义国家，由于封建主义残余影响尚未肃清，旧中国留给我们的封建专制传统比较多。解放以后，我们也没有自觉地、系统地建立保障人民民主权利的各项制度，致使特权现象比较严重。不少地方和单位，都有家长式的人物，他们的权力不受限制，别人都要惟命是从。在部分领导的心目中，法律仍然只是管老百姓的，自己不受法律的控制。他们将法律作为一种手中的工具和手段，用于实行对人民的专制。更为严重的是，由于部分统治者本身拥有一定的立法权，立法成为统治者意志的体现，极易在法制的幌子下，随意扩张自身的权力，剥夺公民的权利，形成法制下的新专制。可见，法制在民主的环境中，才能成为保护人民权益的武器；法制在专制的环境中，只能成为统治者统治的工具。在这种意义上，实现社会主义法制必须以扩大人民民主为前提。

而法治的题中之义首先意味着法律应是良好的法律。古希腊思想家亚里士多德曾将法治界定为：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该是制定得良好的法律。”^{〔2〕}良好的法律至少是体现一定民主政治的法律，同时也意味着一切人包括国家元首、政要、工作人员和普通公民都要服从法律，意味着法律的至上地位。^{〔3〕}笔者的导师龚祥瑞教授生前曾指出：“法律如欲成为法律，不能仅仅表示一个权威意志，这个权威之所以令人尊重，仅仅因为它是根据自己所能运用的强制权力；反

〔1〕 顾肃：“现代法治国的基本特征和要素”，载《南京大学法律评论》1999年秋季号。

〔2〕 〔古希腊〕亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

〔3〕 孙国华：“法制与法治不应混同”，载《中国法学》1993年第3期。