

政府治理变革与 公法发展

ZHENG FU ZHI LI BIAN GE YU
GONG FA FA ZHAN

钟瑞添 欧仁山 黄竹胜 等著



人民出版社

人民法院

政府治理变革与 公法发展

钟瑞添 欧仁山 黄竹胜 等著

责任编辑:陈寒节

责任校对:湖 催

图书在版编目(CIP)数据

政府治理变革与公法发展/钟瑞添 欧仁山 黄竹胜 等著

—北京:人民出版社,2007.5

ISBN 978-7-01-006202-0

I. 政... II. 钟... III. ①国家-行政管理-研究-中国②行政
法-研究-中国 IV. D630.1;D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 067953 号

政府治理变革与公法发展

ZHENG FU ZHILI BIANGE YU GONG FA FAZHAN

钟瑞添 欧仁山 黄竹胜 等著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:21.5

字数:317 千字 印数:1-3000 册

ISBN 978-7-01-006202-0 定价:42.00 元

邮购地址:100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话:(010)65250042 65289539

导论：探求政府变革的法制基础

一、问题的提出：政府治理的有效性及其制度要求

建立行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制，是党的十六大为中国行政体制改革设计的长远目标。在2004年召开的党的十六届四中全会上，围绕着如何提高党的执政能力，巩固党的长期执政地位，党中央又提出了科学执政、民主执政、依法执政的战略性措施。这一切都说明，在这场声势浩大的改革运动中，政府既是改革的主导者，同时也是改革的对象，如何重新界定政府的作用和政府的边界，如何使政府的职能不错位、不越位、不缺位，如何从中国的基本国情出发，充分发挥政府在公共服务领域中的重要作用，这些问题都需要在这场改革中找出答案，拿出成效。

20世纪七八十年代以后，伴随着社会主义改革运动和世界范围内政治、经济、社会 and 科技的发展和变化，我国政府在实现对社会的^①有效治理方面遇到了前所未有的难题，原来的社会治理方式在新的情况下明显地表现出它的不适应性，而构建与社会主义市场经济相适应、相配套的新的富有成效的社会治理结构模式的^②任务又远未完善。因此，旨在提高和改善政府治理能力的政府改革便成为一种时代的呼声和社会的要求，成为政府为提高自己的社会管理有效性所不得不认真考虑的问题，如何改造政府的问题便成为现实对政府的要求，也自然地^③被纳入学者的理论视野之中被认真的探究。在西方的社会发展中，也面临着相同的困境和问题，

各国政府在建立和维持福利国家、迎接经济全球化的过程中,普遍地面对着财政危机、经济发展停滞、通货膨胀率居高不下等困难,为了解决这些问题,各国的政治家和理论家们开始重新思考新的时代背景下的政府治理的有效性条件问题,对古典时期的政府理论和政府模式的合理性和适应性进行了认真的反思,纷纷为改善政府出谋划策,设计出各种各样的改造政府的方案^①,为提高政府的能力、改进政府的社会形象开出一剂又一剂的经济上、技术上的“药方”,许多建议被运用于政府的行政改革之中,并产生明显的社会效果。但是,当代中外政府所面临的问题绝不仅仅是纯粹的管理技术的单方面的问题,政府的治理能力问题,或者说,政府治理的有效性问题的。要从根本上提升政府的全面治理社会的能力,实现政府对社会的治理,就不可能寄望于对政府的单方面的改革,而是必须从各个方面对政府进行重塑,包括对政府理论的重新厘定、政府职能和作用的合理确定、管理技术和方式上的改良、政府的政治领导方式的改进、政府伦理的提升和强化、政府的法律方式的运用等等。概括起来说,实现政府的重塑,至少涉及到政府在理论上的重塑、政府管理方式的变革以及重塑政府的伦理前提和法律条件,这三者共同构成政府重塑的主要内容,也是理论界和学术界在研究政府改革问题时所最为关注的三个层次的问题。政府理论的重新定位,解决的是政府改革实践的理论前提,它为政府改革提供理论基础,使政府改革能够获得坚实的理论的支持和论证;政府管理方式的变化则是在管理技术的层面上对政府管理的改革和优化,是政府实践活动方面的吐故纳新和自我扬弃,是政府管理方式的创新。政府的管理方式的变化是整个政府重塑的核心,也是理论研究的服务对象和围绕的中心主题。而政府改革的法律环境的改善则是政府改革的前提和条件,与政府改革能否成功存在互动关系。在时下的研究成果中,对政府改革的法律环境问题的关注,显然是个薄弱环节。在有些学者看来,政府改革似乎是行政技术和治理手段的变化问题,与法律没有什么联系,这

^① [美]戴维·奥斯本,特德·盖布希:《改革政府》,上海译文出版社1996年版。

种思维上的错误导致了理论上对政府改革与法律变化之间相互关系这个议题的忽视,以致相关的研究成果寥寥无几。实际上,行政管理改革,或者称为政府管理改革、公共管理改革,与公法发展的关系,既是政治学、公共管理学、也是法学,尤其是公法学研究的很有意义的课题。这个课题涉及到对公法发展的客观基础的研究,也关联着政府改革对法治的意义、对公法变化的内在制约性的研究,因此可以说是一个跨学科的边缘性、交叉性课题。课题的深刻意义在于探寻政府改革与公法发展两者之间的内在规律性,挖掘其中的互动性和作用机理,从而为揭示以宪法、行政法为核心和主要内容的公法的发展确定坚实的客观基础和明确的发展方向。应该说,这是个很有理论研究价值和实践功用的课题,它所蕴涵的丰富意义,使它有必要纳入行政学和公法学研究者的研究视野之中,作为重要的问题来加以探究。

然而,从目前国内学术界的已有的研究成果来看,将政府改革与公法发展两者结合起来加以探究的成果却不是很多,有关这个课题的内容,被人为地划分在两个似乎完全不相干的学术领域,政府改革的问题被放在行政管理学中研究,而公法发展这个主题则被放置在法学领域、主要是宪法学和行政法学领域中来研究。这样,由于学科划分而将一个有机联系的课题分割开来,无疑会大大地减损对它的研究的深度和广度,甚至于难以完成对它的内在联系性的揭示和探究。目前对政府改革的研究,已经有相当的成果积累,对中国社会的转型以及由此促动的政府管理方式的变革方向和路径,已经出现一批有分量和一定影响的科研成果。^①同时,学术界对国外政府改革的理论和实践的介绍,也做了许多很有意义的工作,翻译或者评介国外的相关科研成果,极大地促进了国内的研究进程,拓展了研究的视野,为国内学者研究政府改革提供了示范性、参考性的资料。^②但是,所有这些从政府改革视角来研究政府改革问题的著作,受制

① 顾丽梅:《信息社会的政府治理》,天津人民出版社2003年版,第1页。

② 毛寿龙,李梅:《西方政府的治道变革》,中国人民大学出版社1998年版,第2页。

于行政管理学的研究视野,普遍地重视政府改革的制度重构和政府治理技术的研讨,对政府改革所引起的法治需求和所隐含的对公法制度变革的依赖性,显然存在忽视和重视不够的方面,研究者的研究意识和研究结构中,都从非常有限的范围,也即行政管理学研究的范围来观察和研究政府改革所涉及的问题。然而,离开法制这个条件,行政改革是难以成功的,在行政改革的研究中,如果不顾及到法制环境的作用以及行政改革的法律内容,这样的研究肯定是片面的、不充分的。

另一方面,在公法学领域,尤其是行政法学界,虽然有学者注意到了方兴未艾的政府改革对行政法制发展的潜在影响,注意到了既有的行政法学界的研究范式,也即从纯粹的国家行政和管制行政角度来建构公法理论体系的局限性和片面性,试图从公共行政发展的现实需要出发,突破旧的思维定势和研究框架,寻求符合政府改革需要的新的研究范式,以实现公法理论的创新和促进公法的发展。^①然而,对公共行政与行政法学之间关系的关联性研究,只是揭示了行政改革现实与行政法学理论之间的关系,对行政改革与行政法律制度,乃至整个公法制度之间的互动关系仍然关注得很不够,特别是对行政改革所引发的政府治理新范式转型应该包括的公法变革内容没有做深入的研究,从而使对行政改革的法制意义未能全面地加以揭示,实为遗憾。

实际上,政府改革的核心问题是政府治理范式的改变,这种改变不仅仅是政府内部的行政管理方式更迭和行政技术的改善,更为重要的是对原来的法律制度和法律的作用方式产生直接的冲击和影响,并且由于新的政府治理方式和结构的出现,推动了新的法律制度的成长,尤其是公法制度,使之必然要做出新的安排和建构,相应地,公法的功能结构和内容结构也随着发生相应的转变,以便与政府的治理新方式保持协调和一致。因此,政府改革内在地包含着公法改革的内容,后者是前者的有机组成部分,舍弃相关的公法制度变革的内容,就难以全面地揭示政府改革的深刻

^① 参见石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版。

内涵和深远意义,也难以全面地把握政府治理方式变革的制度性条件,更不可能真正地预测公法发展的方向和理解公法变化的根据。所以,政府改革与公法发展之间存在的内在关联性,使对任何一个因素的单方面的探讨都不可能全面、彻底,必须将两者结合起来,才能从中揭示出其中的复杂关系,公法在现代社会的未来走向,才能被科学地预见和有效运用。在当代中国的特定历史条件下,直接地影响和制约着公法内容和结构变化的是行政活动本身,它们成为了公法规则调控的对象,也成为了公法规则变化的基础。如果脱离权力关系本身的变化来谈论公法的变化,就会失去其应有的基石,对何以需要这些公法规则、何以会形成这些制度等问题不能获得确切的理论解释。

二、研究的理论工具和理论框架

在公法学界,对公法与公共行政之间关系的认识并不是一致的。例如,主流的观点认为公共行政是第一性的、法律是第二性的,公共行政活动的内容和结果决定着法律的变化和发展;另一种观点则认为这种观点颠倒了公共行政与法的关系,在本质上它们的关系应该是:法律是第一位的、公共行政是第二位的,只有这样才能实现法律对公共行政的统治而不是公共行政对法律的统治。^①我们认为以第一性、第二性的关系来说明公共行政与法律的关系未必妥当和科学,但是在行政活动与法律,尤其是公共行政与公法的逻辑关系和历史联系上,不可能是法律来决定公共行政的,相反是作为物质基础的公共行政活动制造了公法产生的条件、提出了现实的法律需要和要求,决定了公法存在的理由和发展的条件,离开政府的活动这个公法产生的基础性条件,公法便成为了立法者的任性和专断。法律规则只有同它所规范的社会现象联系起来,才能确定该法律规则的性质和作用,才能对特定的社会关系产生调整作用。公法也是如此,作为以规范公共权力的法律体系,它必须以公共权力的活动为其规制的

^① 关保英:《行政法模式转换研究》,法律出版社、中央文献出版社2000年第1版,第9页。

对象,确立公共权力的运作规则、运作程序以及控制方式和规则,使公共权力的运用纳入法制化的发展轨道,从而使法律至上原则能够得以落实。政府的实践活动是说明公法产生、变化和发展的基础性材料,也是真正推动公法变迁的基础因素,离开对政府活动的深刻理解就难以对公法的模式转换进行全面的把握,同时,我们也难以发展起有解释力的公法理论来对政府与公法之间的关系做出系统化的说明和理论建构,更不可能对公法将会如何规制政府提出建设性的意见。

公法作为一套制度体系,它也有自己的特殊性和特殊的运作机理,有自己的规律性,如果脱离公法应有的属性来对其任意地进行解释就难以对它的发展趋向作出合理的解释和规定,也难以说明公法对政府的行政活动和其他活动的作用的发生过程。公法制度是围绕公共权力而生长出来或者人为建构起来的规则体系,就自发生长的规则来说,它是权力运作过程中自然形成的规则,是权力自身法则的法律表现,它要发挥真正的调整作用,必须契合于公共权力运作和规制的需要,符合法制原理,内在地受制于权力运作目的和作用方式;而就人为的公法制度来说,是由立法者根据一定的立法目的创制出来的,它在本质上是为了对公共权力形成规制,使公共权力能够得以在规则的范围内有效运用,高效率地、公平地履行自身的职责,达到自己的权力目标。但是人为的公法制度在很大程度上是由人来主观设计的,制度的设计是否合理、科学,是否能够有效地发挥作用,则取决于立法者的立法水平如何,公法发挥作用的社會环境如何等,如果所制定的公法规则是任性的、不契合法制发展潮流的,则这样的公法规则只能进一步加剧政府与社会的矛盾和冲突,影响政府权能的正常发挥。很显然,在新的时代条件下,我们需要政府有效地实现对社会的治理,需要公法制度能够获得理性发展,同时,需要一种能够对公法制度变迁的社会基础和动力机制作出令人信服的说明和解释的新的公法理论。

早在1913年,法国著名学者狄骥在其著作《公法的变迁》一文中,从公法的观念基础的变化来阐释公法制度变迁的过程,通过对主权理论的

衰落过程的分析以及公共服务观念的兴起的描述,揭示了公法制度变化的观念基础,创立了通过观念变化来揭示公法制度变化的理论分析模式,从而使公法制度变迁第一次获得了理论上的解释。这个理论解释模式的优点在于它理论上的统一性和对制度变化的概念基础的深刻分析,具有较为深刻的理论穿透力和解释力。但是,通过观念变化来解释制度的变迁终究是有局限的,这表现在:第一,观念的因素总是意识性的,意识性的因素总归是第二性的,它对制度的影响归根结底要受制于物质性因素的决定。从根本上说来,是社会的实际生活条件决定着制度的需求、决定着制度的变化和发展,而从观念变化来解释制度变化,显然没有找到影响制度变化的真正原因,从一定意义上说,观念上的变化不过是制度变化的结果,它们两者之间不存在因果关系。第二,从西方公法制度近百年的发展历程来观照,公法的作用是随着社会条件的变化而发生变化的。在前资本主义时期,公法的作用主要表现在确认国家权力的权威性,受制于和服务于国家权力,主要功能是控制和管理社会、国民的工具。它之所以得以形成这种自上而下的支配性、命令性特征,与当时的社会条件和经济结构是相适应的。当历史进入资本主义时期,社会结构发生变化,市民社会逐渐兴起和发展壮大,并成为支配公法发展的主导性的力量,公法的本质也发生实质性的嬗变。公法不再是国家管制社会的工具,相反公法成为了实现社会意志的工具。公法成为了规范、调整和控制国家权力的法律机制,它的首要的目的是为了控制国家权力的行使,使之不悖离人民的根本利益。现代社会中,公法继续秉承它控权的性格,在控权的基础上增加对国家权力的组织、协调和保障功能,因而使公法的内容结构更加趋向合理和均衡。公法内容上的上述变化,显然是由社会条件变化所引发的,对这个复杂过程的理论解释不能够通过单一的因素来说明,这是多种因素共同作用的结果。

另一种试图对公法制度变迁过程进行解释的理论模式是近几年兴起的市民社会理论。按照该理论的逻辑,市民社会是以市场经济为基础、以契约关系为纽带,以尊重和保护社会成员基本权利和自由的社会自治领

域,它代表私的领域,主要受私法的调整。而政治国家主要受公法的调整。市民社会是公法制度的社会基础,只有在市民社会充分发展的条件下,公私法的界限才能真正地界分清楚。中国的公法之所以长期处于落后状态,与市民社会的发育不全有直接的关系,因此只有充分的推动中国的市民社会的发展和成熟,才能真正地实现中国公法的现代化。^①我们当然赞成从经济基础与上层建筑的关系原理来解释公法制度的变化过程,并且也认为市民社会与公法制度之间存在着密切的联系。市民社会与政治国家之间良性关系的形成,将会使中国的公法内容和结构发生本质性的变化。但是,市民社会对公法发展的这种关系和决定性影响,只是从原理上、一般意义上来讲是正确的,从市民社会到公法变化之间的现实联系和复杂的过程,是需要仔细地分析和研究的,而不能够简单地做出结论。它需要借助行政管理活动本身的直接变化来触动和引发相关制度的产生和发展,是行政改革和行政活动方式的变化创造了新型的行政关系和新的制度需要,因此,我们只有从这个基础性因素出发,才能揭示出当代中国公法变化的原因和条件,经济基础的决定作用也只有通过这个中介才能发挥出来。

本书准备在前人研究成果的基础上,应用制度分析、规范分析、社会分析等法学研究方法,试图在行政关系与行政法之间建立起有效的理论解释模式,通过这个模式进一步分析我国政府的行政改革对行政法原有内容和结构的冲击,以及对我国公法、主要是行政法的发展趋势、发展基础和发展过程做出前瞻性的研究,以新的政府治理方式下的法律需求为依据,具体地分析相关的行政法制度的变化。具体来说,行政与法的关系原理是我们认识和分析行政法发展的基本理论依据,社会结构转型是分析行政法模式变化的背景,政府的行政治理方式的变化是制度变革的直接动力,揭示新时期的行政法的变化与发展则是我们的理论目标。基于

^① 鲁鹏宇:《中国的市民社会与公法的现代化》,载张文显:《法学理论前沿论坛》(第二卷),科学出版社2003年版,第325—338页。

这些考虑,本书共分为十章。第一章是对行政关系与法的关系模式进行理论上的概括,以奠定整个研究过程和研究内容的理论分析框架,明确本课题的论域和主题之所在。第二章是对西方的政府改革以及这些改革对行政法的影响进行研究,以外域的经验和教训来进一步深化研究的主题。第三章是对我国的政府改革进行探究,以确定我国政府的基本建设目标以及相应的制度需求,为进一步研究和分析我国行政法的发展奠定基础。第四章至第十章,分别从七个方面来论述和研究我国政府改革所可能引起的行政法制度的影响和变化。如果说前三章是原理性研究、一般性研究,那么后七章则是对一般性研究结论的印证和进一步发展,也是对行政与法的关系原理的运用和进一步的展开。它们分别从七个向度来揭示政府相关活动的制度变化和制度创新,分析政府行政模式转换所面临的制度短缺和制度补充的路径,为实现政府对社会的有效治理,创制理想的法律制度条件和制度环境。

目 录

导论:探求政府变革的法制基础	(1)
一、问题的提出:政府治理的有效性及其制度要求	(1)
二、研究的理论工具和理论框架	(5)
第一章 政府治理与公法制度	(1)
一、政府治理与公法的一般关系	(2)
二、中国政府传统治理模式下的公法特征	(5)
三、传统公法模式的结构转型	(10)
四、我国政府治理模式的变化与公法发展的未来走向	(30)
第二章 西方政府的治理变革与行政法的发展	(38)
一、西方政府治理变革的背景和动因	(38)
二、西方政府治理变革与新的治理模式的主要内容	(43)
三、西方政府治理变革与新的治理模式的兴起	(50)
四、新公共管理模式与行政法的发展	(56)
第三章 中国政府的治理变革与善治型政府的构建	(63)
一、治理变革势在必行	(63)
二、改革开放以来政府行政改革的回顾与反思	(70)
三、面向 21 世纪中国政府行政改革的方向和目标	(79)
四、以法治保障善治政府改革目标的实现	(89)
第四章 民主政府及其制度构建	(94)
一、政府民主化的必要性	(94)

二、民主政府及其制度构成	(97)
三、行政立法制度	(103)
四、行政参与制度	(107)
五、行政听证制度	(112)
六、行政述职制度	(119)
第五章 透明、阳光政府及其制度构建	(123)
一、建立透明、阳光政府的理论基础	(123)
二、建立透明、阳光政府的意义	(130)
三、建立透明、阳光政府的基本模式	(139)
四、建立和发展我国的政府信息公开制度	(144)
第六章 廉洁政府及其制度构建	(159)
一、建立廉洁政府的必要性	(159)
二、我国廉洁政府的法律制度建设	(166)
三、政府公开采购制度	(175)
四、公务员制度	(186)
第七章 中立、公正的政府及其制度构建	(196)
一、中立、公正的政府的必要性	(196)
二、社会主义市场经济与中立、公正的政府	(199)
三、行政许可制度改革与我国中立、公正的政府的实践	(202)
四、行政仲裁制度改革与我国中立、公正的政府的实践	(216)
第八章 服务政府及其制度构建	(232)
一、服务行政的含义	(232)
二、服务政府的历史必然性	(234)
三、服务型政府的重新定位	(240)
四、行政给付制度建设:服务政府的重要体现	(246)
第九章 诚信政府及其制度构建	(265)
一、诚信政府的含义	(265)
二、构建诚信政府的必要性分析	(271)

三、政府诚信的构建	(280)
四、制度衔接:三项具体制度的确立与完善	(289)
第十章 权力有限的政府及其制度构建	(300)
一、制约政府权力的必要性	(300)
二、制约政府行政权力的基本模式	(304)
三、我国制约政府权力的法律制度建设	(307)
四、行政复议制度——行政系统内部的监督制约制度	(311)
五、行政诉讼制度——司法权对行政权的制约制度	(320)
 后 记	 (326)

第一章 政府治理与公法制度

政府治理,简单地说是指政府治理公共事物的道理、方法、逻辑等,是政府为实现经济发展,在管理一国的经济和社会资源过程中运用公共权力的方式^①。它是近些年来政治学界、经济学界在研究政府的或者是公共事物的治理方式时所创造出来的新概念,它的核心问题是在市场经济的条件下,政府对社会治理的有效性问题的,也即是政府在市场经济的条件下如何确定自己的角色和定位,如何运用符合市场逻辑的有效方法管理公共事物。而治理变革就是指政府在治理方式上的改革与变化,与行政改革、政府改革基本上是在同义词的意义上使用。而公法制度则是在比较宽泛的意义上使用的一个概念。按照法学界的一般法律分类理论,公法与私法是对法律的基本分类,公法一般是指规范公共权力的各种法律制度的总称,它包括宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法等,比较典型的公法则以宪法、行政法为代表,它们比较直接地反映出公法的精神和本质特征,与政府的活动式样存在着更为密切的联系,受政府活动变化的影响和制约更为直接。在不同治理理念支配下,政府的管理模式是不同的,而不同的政府管理模式所需求的制度也存在很大的差异,所形成的政府类型、特征差别也比较大,所建立起来的公法制度也会存在较大的区别。因此,当我们要对我国在新的时代条件下的公法发展的未来走向、主要是行政

^① 智贤:《GOVERNANCE——现代治道新概念》,摘引于《市场逻辑与国家观念》,第55页—78页。

法的发展走向做出科学性的预测和前瞻,就必须建立起有效的理论解释框架,对政府治理模式与公法制度之间的一般关系做出基本的规定和分析。

一、政府治理与公法的一般关系

(一) 公法制度产生和发展的基本条件

早在古罗马时期,法学家们就已经开始把法律体系在理论上区分为公法和私法,但公法与私法的真正界分并影响到国家的法制运转,只是到了近代市场经济的充分发展和市民社会的形成之后,才真正的完成。从此,私法通过自己独特的调整方法和特殊的调整对象发挥着对市民社会的规范和引导功能,成为经济活动和市民生活的基本法,成为社会生活的有机组成部分,创造了市民社会的基本秩序。可以说,私法的发展与商品经济的发展基本是保持着同步,并能够比较容易的被社会所接受和容纳。然而,公法融入社会的过程则比较艰难,作为规范公共权力的法律规则,无论是宪法还是行政法都以公共权力为规制的对象,以控制和约束政府权力为首要目标。因此,从制度发展的逻辑来看,公法制度不太可能通过完全的自发过程来建构,而更多地借助于人为的方式和外部的力量来推动,依靠政府对自身的理性自觉和规范意识的培养,更依赖于整个社会法制意识的觉醒和法律环境的建构。具体来说,首先,严格意义上的公法只有在政府存在分权的条件下才可能存在,在高度集权的国家中,权力的高度统一,法律不可能成为支配权力的手段,政府不会自动地接受规则对它的束缚。虽然在封建社会里,也存在某些规定行政活动方式和对臣民处理的法则,但是这些法律规则不具有超越一般权力的法律属性,只不过是上位权力对下位权力的支配规则而已,本质上是权力的表现,与现代意义上的行政法存在本质上的区别。其次,公法本质上是一种来源于社会对国家的支配性力量,相对于国家是一种外部性的力量。这种力量是依靠社会力量来最终维护的,它通过一定的程序形成为国家的制度或者规范体系,从而表现为国家的有机组成部分,发挥着规制国家、约束政府权力