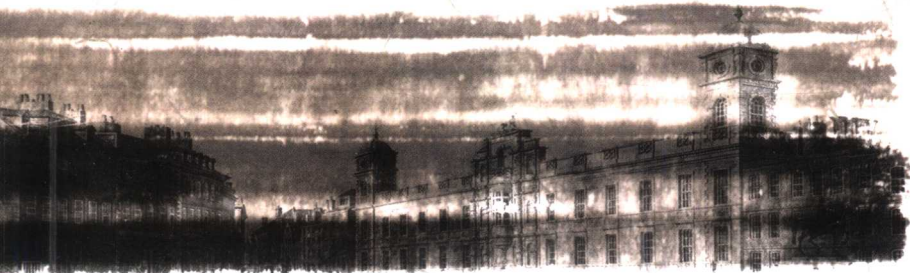




北京市社会科学理论著作出版基金资助

诚信政府研究

刘莘 ◎主编



从公法角度研究政府诚信，是一个崭新的课题。诚实信用作为民法的王冠原则，适用于对私人的要求，是被普遍认可的；诚实信用可否引入公法领域？在公法领域有无价值？以及政府诚信的要求、政府诚信举足轻重的作用等，却还没有引起广泛关注，学界对此研究和探讨得很不够。本书比较系统地研究了有关政府诚信的方方面面，对诚信的概念，诚信原则在民法上的确立，诚信原则引入公法的必要性和价值，诚信原则对政府提出的要求，诚信原则在公法领域的具体运用等，均进行了系统的阐述。

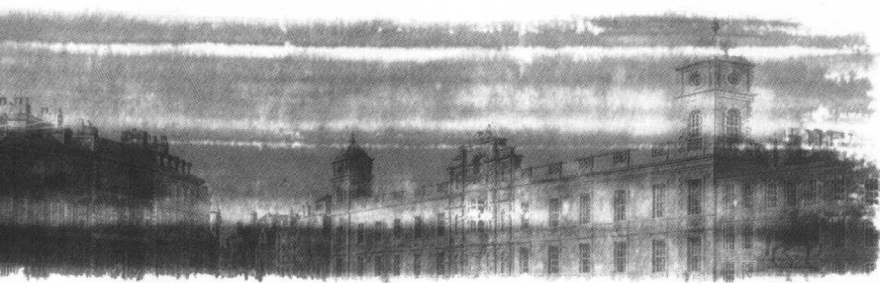
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

诚信政府研究

主 编 刘 莘

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

王 静 喻 中 张书克 邓 毅



从公法角度研究政府诚信，是一个崭新的课题。诚实信用作为民法的王冠原则，适用于对私人的要求，是被普遍认可的；诚实信用可否引入公法领域？在公法领域有无价值？以及政府诚信的要求，政府诚信举足轻重的作用等，却还没有引起广泛关注，学界对此研究和探讨得很不够。本书比较系统地研究了有关政府诚信的方方面面，对诚信的概念，诚信原则在民法上的确立，诚信原则引入公法的必要性和价值，诚信原则对政府提出的要求，诚信原则在公法领域的具体运用等，均进行了系统的阐述。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

诚信政府研究/刘莘主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 301 - 12130 - 6

I. 诚… II. 刘… III. 国家行政机关 - 行政管理 - 研究 IV. D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 065348 号

书 名: 诚信政府研究

著作责任者: 刘莘 主编

责任编辑: 李艳 李霞

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12130 - 6/D · 1759

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 19.25 印张 320 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 言

应松年

这是我十分希望读的一本书：《诚信政府研究》。

当今中国，诚信，也许是最重要的需求，至少是最重要的需求之一。对老百姓来说，生活的方方面面，几乎都会受到不诚信的侵袭，因而常常感到缺乏安全感。这与和谐社会是不相适应的。其实，传统的中国文化中并不缺少诚信的要求。“人而无信，不知其可也”，两千多年前的孔老夫子就这样断言，强调诚信是个人修身立命的基本道德准则。战国时商鞅相秦，曾有南门立木的故事，说明诚信对推行法律、政策，建立强国的重要性。历代对此多有记载。时至今日，为什么我们特别感觉到诚信的缺失及影响之深？这应该是时代的不同导致的。我们正在建设和发展市场经济体制。从一定意义上说，市场经济就是诚信经济。市场经济给了市场主体和个人以极大的活动空间，这正是市场经济的特点和优点。但由此也给不诚信行为留下了空间。不诚信是市场经济的破坏因素。这就是目前人们的切身感受。建设市场经济体制的过程，应该是培育和建立诚信体制的过程。成熟的市场经济应该是诚信支配的市场经济。正因此，诚信原则是民法的帝王条款。中国的市场经济体制是政府推动和促进的，毫无疑问，建设诚信体制，也是政府的重要职责。而更重要的是，政府自身应该成为诚信的楷模。这是对当代政府最基本的要求。政府首先应该成为诚信政府，也只有这样，政府才有可能帮助市场建立诚信体制。建设诚信政府是建立诚信市场的前提。近几年来，诚信问题已引起国家的高度关注。《行政许可法》已对政府诚信原则从法律上作出规定。国务院《全面推进依法行政实施纲要》更将政府诚信原则明确为法治政府的基本要求之一。但是，理论界，尤其是行政法学界对诚信政府的研究却相对滞后。以诚信为题的著述虽屡见报刊，但缺乏系统、全面和深入的研究和论述。刘莘教授以数年辛勤探索完成的这部《诚信政府研究》，对国内外已有的研究成果作了系统的梳理。在此基础上，从经济学、

社会学、法学的不同视角,理论与实践相结合,深入探讨了诚信政府的素质、基本内涵和表现形式,将诚信政府从概念向可衡量的标准推进,勾勒出了实现诚信政府的目标和途径。全书对诚信政府作了全方位的、富有创新性的研究。在我们迫切需要这方面理论研究著作的时候,本书的出版正适应了需要。这是一部对理论和实务部门都有益的好作品。

近几年来,刘莘笔耕不辍,勤于治学,每年都有新作问世。而有所著述,必有新意。本书视野开阔且富于创见,我读后深感受益匪浅,期望能在我国建设诚信政府的伟大事业中发挥作用。

2006 年深秋于北京世纪城春荫园

前 言

诚信政府研究是2002年国家社科基金自选项目。2002年夏天在选择这一题目的时候,正值美国被安然公司账务造假以及随后曝出的一系列公司造假,如世通和施乐公司虚报丑闻等闹得沸沸扬扬、股市暴跌的时候。曾几何时,美国市场的透明度、法规完备的程度以及市场监管的力度,都曾为世人所称道,而此时,这一切神话都被打碎了。当年的7月5日,美国又一颗丑闻炸弹炸得人们目瞪口呆,全球第三大制药商承认虚报收入124亿美元!各种批评、分析接踵而来,美国有经济学教授认为1/4的大公司年度报告有错误,甚至美国的某研究机构认为美国本土的上市公司,有1/3可能篡改了盈利报告。人们仿佛突然间认识到,诚信不是企业的天性,因而会计制度、公司治理规则、反垄断法、反腐败法、合同法、版权法等设置和完善十分必要。但是,为什么有这些制度的美国仍然会发生这样的诚信危机?人们在检讨时也分析了政府纵容商业欺诈的责任。尽管美国当年的诚信危机颇有戏剧味道,仿佛一夜之间天翻地覆似的,但在中国此前相当长一段时间内,对诚信问题的社会关注已绵绵延延好几年了。合同履约率不足40%,经济活动中的尔虞我诈屡见不鲜,假冒伪劣产品肆意横流,三角债、连环债环环相扣,银行坏账、呆账堆积如山……中国的诚信问题到了无以复加的地步。正因为如此,政府对社会诚信的倡导也非常积极,各行各业倡导的各种各样的诚信活动实际上也很盛行。但笔者以行政法的视角观察这一问题,认为由于我们国家的经济体制进行转轨变型是由政府主导的,因而社会诚信的建立不仅仅是政府如何为企业建章立制的问题,在很大程度上,政府自身的诚信也是非常重要的。基于这样的一个概括性结论,笔者申报了这样一个自选课题。现在看来,这一选择还是很有意义的。

四年来,在推动经济体制改革的同时,国家、政府采取了许多手段、措施解决我们社会的诚信问题,而诚信问题的重要性促使不少学者对其进行了研究。虽然如此,本课题对诚信政府的研究因为其研究对象的特殊性,以及参与者的法学视角,也许更具现实意义。

如果说,我们对经济的认识在渐进地前进的话,那么我们对政府的认识这些年来有了长足的发展。2004年国务院《全面推行依法行政实施纲要》

提出了十年基本建成法治政府的伟大目标,其中对法治政府的具体要求中即有诚信的要求。千里之行始于足下,希望我们这个不大的课题成果,能够铺垫在建设法治政府的康庄大道上,哪怕将来“零落成泥碾做尘”,只有心如故。

课题主持人:刘莘

CONTENTS 目 录

第一编 作为社会秩序基础的诚信

第一章 诚信的含义	3
一、中文诚信的含义	3
二、西语中的诚信	4
第二章 诚信的意义	8
一、诚信的社会价值	8
二、诚信如何可能：一个经济学的分析	13
三、为什么诚信？	18

第二编 作为政府合法性基础的诚信

第三章 法律上的诚信原则	29
一、私法诚信原则的发达史	30
二、私法诚信原则的意义	39
三、公法诚信原则的确立	42
四、公法诚信原则的内涵	48
五、诚信原则与其他行政法基本原则的关系	56

CONTENTS 目 录

第三编 诚信与政府

第四章 诚信与政府的合法性	93
一、政府合法性的概念	93
二、政府合法性的基础	95
三、政府诚信的意义	109
四、政府诚信缺失的危害和原因	111

第四编 诚信政府的标准和内容

第五章 诚信与近现代政治文明	123
一、宪政	123
二、民主	131
三、法治	134
第六章 诚信政府的外在要求	140
第一节 行政立法中的诚信	140
一、行政立法的安定性和明确性	140
二、行政法上的法不溯及既往	142
第二节 行政合同中的诚信	155
一、行政合同概述	155
二、行政合同中的诚信	158
三、行政合同中的情势变更	160
第三节 行政指导中的诚信	165
一、行政指导概述	165

CONTENTS 目 录

二、诚信原则对行政指导的基本要求	167
三、禁反言法理在行政指导中的适用	168
四、不同种类行政指导的诚信要求	171
五、具有指导性质的非正式双方行为	172
第四节 行政计划中的诚信	173
一、行政计划概述	173
二、行政计划的制定程序	175
三、行政计划的计划保障请求权	177
四、对行政计划的救济	179
 第七章 诚信政府的一般性问题	182
第一节 公务员、行政机关内部关系 与政府诚信	182
一、诚实信用对公务员的要求	183
二、行政机关对公务员的诚实信用	196
三、行政机关内部的诚信要求	197
第二节 行政行为效力与政府诚信	200
一、行政行为的无效	200
二、行政行为的撤销	203
三、行政行为的变更和废止	209
第三节 行政承诺与政府诚信	210
一、行政承诺概述	210
二、行政承诺中的诚信	218
第四节 政府公开与政府诚信	221
一、政府公开是政府诚信的前提和 基本体现	221
二、政府公开概述	223

CONTENTS 目 录

三、政府公开中的诚信	226
第五节 行政诉讼与政府诚信	231
一、概述	231
二、行政诉讼中的政府诚信	233

第五编 如何建立政府诚信

第八章 如何建立诚信政府的环境	241
一、政府的角色定位与政府诚信的环境	241
二、权力关系与政府诚信的环境	249
三、公务员的法律观念与诚信政府的 观念环境	265
第九章 如何塑造一个诚信的政府?	274
一、民主机制:建设诚信政府的基本保障	276
二、法制化:建设诚信政府的必由之路	282
三、司法审查:建设诚信政府的关键一环	285
参考书目	294

第一编

作为社会秩序基础的诚信

第一章 诚信的含义

一、中文诚信的含义

“诚”、“信”二字在我国古代早已有之。“诚”之观念的最早出现,据考证来自周公“战战兢兢”、“诚惶诚恐”,这并非一般的惶恐心理,而是一种待人处事认真谨慎的道德态度。其后,从《中庸》“诚者天之道也,诚之者人之道也”,孟子“是故诚者,天之道也;思诚者,人之道也”(《孟子·离娄上》),直至宋儒周敦颐认为诚乃“五常之本,百行之源”(《通书·诚下》),朱熹《四书章句集注·中庸》释诚为“诚者,真实无妄之谓,天理之本然也”,张载亦曰:“诚者,天理之实然,无人之为之伪也”(《张子正蒙注·诚明篇》),均强调“诚”兼具道德范畴与本体范畴之意义。

从“信”来说,“人言为信”。孔子言“信”多于“诚”,认为信是一种具体的道德品格,是立身之本——“人而无信,不知其可也”(《论语·为政》)、“言忠信,行笃敬,虽蛮貊之邦,行也。言不忠信,行不笃敬,虽州里,行乎哉?”(《论语·卫灵公》)

诚、信联用始于战国,如荀子“诚信生神”(《荀子·不苟》)。这时候,诚信作为一种道德规约和社会认知约束着人们的行为,但在中国古代漫长的自然经济社会中,诚信不仅仅是一种道德教条,更是隐含着超越文化心理特征的深层价值观念。

与“诚信”近似的词汇有“信用”,两者常常混用。但是,二者虽有内在联系,却又有一定区别。有联系,是因为两者都有一个“信”字,按照北宋思想家张载的解释,“诚善于心之谓信”。信即“人言”,因此诚信之信,与信用之信,都要求为人做事要信守诺言,言出必行,不能出尔反尔。但是两者又有一定区别。诚信强调“诚善于心”,在意思上主观性强些,指为人的内在善意和良心。信用则是指人们之间客观的交往关系,它在经济领域体现着“本质的、发达的生产关系”,客观性强些。^① 所谓守信,就是坚守这种信用。人们常说的是人和人交往要“守信用”,而不是说要“守诚信”,原因就在于此。

① 参见宋希仁:《诚信与信用之辨析》,载《人民日报》2003年5月20日第九版。

二、西语中的诚信

西语中的诚信,我们接触到的主要是法律上的概念。而且我们亦无须从词源学上去追溯诚信的含义,因为我们要了解的是西方诚信的现代含义及与中国传统上的诚信相比有何差距,如何产生的这样的差距,以及如何填补这样的差距。诚信在罗马法和法国民法中是“善意”的意思(bona fides, bonne foi),德国民法有 Treu und Glauben 原则,意思是“诚实和信用”,在日本法中是“信义诚实”,在美国法中是“诚意”good faith^①。可见,各国在语意上,均有与诚信类似内涵的词语表达。

对法律上“诚信”如何解释,不妨列举美国《布莱克法律词典》为例。诚信即:善意或怀有善意;诚实地,公开地,和忠实地;没有欺骗或欺诈。真实地;实际地;没有假装或伪装。清白无辜地;持信任和信赖态度;没有注意到欺诈,等等。而善意,是一种没有专门意思和成文定义的不可触摸的、抽象的优良品质,与其他事物相伴随,它包括诚实的信念、不存恶意、没有骗取或追求不合理好处的目的。在普通用法中,这一词语一般用来描述目的诚实和不欺诈的内心状态,概言之,即忠实于自己的义务或责任。^② 结合诚信一词的语源及《布莱克法律词典》的解释,“诚信”作为法律术语的含义应当是:(1) 主观上善意诚实的心理态度;(2) 客观上忠实履行义务的行为;(3) 目的正当;(4) 意思表示明确、真实;(5) 行为的一致性和稳定性;(6) 追求公平合理的结果。

当然,学者们对诚信的解说可以遵循两种路径:或是从消极方面界定这一法律现象,把它描绘成法律主体缺少某种不良的内在因素的状况,如彭梵得所言“诈欺或恶信的阙如”,也就是说,法律主体没有诈欺或恶信的主观因素就是诚信;或者从积极方面对诚信进行界定,把它描绘成法律主体具有某种好的内在因素的状况或承担某种义务的状况,如哥尔菲理解的“诚挚的、忠诚的和如实的愿望”。^③ 还有学者则试图从主观和客观两方面涵盖诚信的内涵,如德国学者费雷伊拉认为,诚信是被吸收到法中的人类生活关系要素,但法并非在不赋予其术语的精确性的情况下吸收它,而是把它转化为一

① 王利明:《民商法研究》第四辑,法律出版社1999年版,第19页。

② 转引自郑强:《合同法诚实信用原则研究:帝王条款的法理阐释》,法律出版社2000年版,第4页。

③ 转引自徐国栋:《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002年第4期。

个法律概念。

其实,诚信是道德的法律化。立法者并非创造了诚信,立法者不过是将内在于人类行为的“善”扩张为评判全部人类行为的原则。可道德的诚信一旦转化为法律的诚信,两者承担的使命即显现出不同。概括地说,前者命令我们服从作好人和纯粹的人之戒条,后者要求具有不违反法律规范行事、不实施不义行为的确信。学者徐国栋分析这一概念后认为,普通的法律规范体现的是“毋害他人”,而诚信原则体现的则是“爱你的邻人”;前者意味的是消极义务,后者课加的是积极义务。^①

虽然诚信的内涵极为复杂,但学者们仍试图对其进行分类以便于研究和阐释。概括起来,主要有下列分类方式:第一,沿袭罗马法的客观诚信与主观诚信之分,这是通说;第二,“诚信的观念”与“诚信的一般原则”之分;第三,“对转让人权利的信”、“债务人对债权人权利的信”、“对相对人法律地位的信”、“对法律行为效力的信”和“对自己权利的信”之五分法;第四,“对损害他人受法律保护的权利的不知”、“对一种适格的关系的外观的确信”、“缔约活动中的忠诚以及一旦缔结合同后行为的端方”(消极诚信)、“为了他人的利益积极合作”(积极诚信)之四分法。^② 其实,细究起来,更为细致的分类仍未脱离客观诚信与主观诚信的两分法。

从域外学者的分析看来,所谓客观诚信,是指在正直和忠诚的观念指导下的正当的行为。这是关于客观诚信的最为流行的“行为说”。在此基础上,还有学者提出“端方说”,字面上看,“端”意为“不偏不倚、恰到好处”。这里,又存在两种解释:一种认为“端方是一种道德风格,它涉及到忠诚的精神、坚定不移的丈夫气概、表里一致、行为一贯、忠诚和尊重根据一般的意识应在法律、社会关系中遵从的义务”;另一种认为“端方”仅仅是消极的诚信的表现,它课加尊重和保存他人利益的消极义务,而严格意义上的诚信则课加合作的积极义务。此外,还有学者从介于当事人行为和此等行为的客观效果之间的角度考察客观诚信,认为诚信原则的作用,是使当事人双方的利益达到平衡,即公正实现双方利益,以达到利益的调和。还有一种“模糊说”,认为诚信缓和了法律经常以很大的精确性加以标明的权利义务的界限,主张权利不得过度主张,义务不得过分严苛。

综合以上各说,可以认为,客观诚信具有下述要点:第一,它是一种课加

① 参见徐国栋:《论市民法中的市民》,载《天津社会科学》1994年第6期。

② 参见徐国栋:《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002年第4期。

给主体的行为义务,该义务具有明显的道德内容;第二,这种行为义务的内容要求,除保护自己的合法利益的必要外不得损害他人之利益;第三,为了评价主体的行为,要抛弃当事人自己的尺度而采用一个客观标准;第四,此种客观性并不能排除主体之故意或过失等主观因素,故意或过失行事者不得因客观诚信而免责;第五,这种客观标准由主体行为与法律标准或典型的中等的社会行为的对比构成;第六,应当考虑主体实施行为的社会背景寻求可资适用的法律标准。^①

就主观诚信而言,由于它源于罗马法中对物的占有制度,因此中世纪及其后的注释法学家多以罗马法的文本为依据对占有中的诚信进行研究,主要分为“确信说”和“不知说”两派。前者把诚信理解为行为人具有的未损害他人的确信,后者则把诚信理解成行为人对损害他人权利的不知。现代学者中亦有“确信论”者,认为主观诚信是“一种心理状态,一种确信,或反过来说,是对事实的认知”。另有学者在这样的心理状态之上注入法律效果的因素,认为主观诚信是“一种心理状态,它是一个对确定持有这种状态的主体的待遇有用的法律范畴,为此人们将确定当事人的有效确信或意图的类型”。

应当进一步探知的是,主观诚信所涉及的这种“心理状态”究竟指什么?有学者将其界定为一种错误,还有学者对错误的轻重进行了区分,只允许可以原有的错误——尽通常注意义务仍不能避免的错误——构成诚信。认识错误的对象,除了自己的情状外,还应包括他人的情状,如他人不是代理人却使人相信自己具有代理人的外观,此种状况也属于诚信。这样,主观诚信就与现代民法中的表见制度^②联系起来了。由于主观诚信是一种当事人确信自己未侵害他人权利的心理状态,故又被称为“确信的诚信”,其要点可归纳如下:其一,它是主体对其行为符合法律或具有合道德内容的个人确信;其二,尽管此种诚信是主观的,但从主体产生诚信的过程看是诚实的、合理的;其三,主体在形成这种确信时尽到了注意义务,未发生故意和过失;其四,主体的确信既可就自己的情状发生,也可就与其相关的人的情

^① 参见徐国栋:《诚实信用原则二题》,载《法学研究》2002年第4期。

^② 表见代理,又称表示代理,是指行为人虽无代理权,但善意相对人客观上有充分理由相信行为人具有代理权,而与其为民事法律行为,该民事法律行为的后果直接由被代理人承担。表见代理要求相对人主观上为善意且无过失,即不知无权代理人的代理行为欠缺代理权,而且相对人的这种不知情不能归咎于他的疏忽或懈怠。这种立法的目的是为了善意第三人的利益,维护交易安全。参见马俊驹、余延满著:《民法原论》,法律出版社1998年版,第305—306页。