

法治政府： 基本理念与框架

FAZHI ZHENGFU
JIBEN LINIAN YU KUANGJIA

■ 刘丹等 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D912.104/21

2008

法治政府： 基本理念与框架

FAZHI ZHENGFU
JIBEN LINIAN YU KUANGJIA

■ 刘 丹 等 / 著

撰稿人：刘 丹 杨启敬 胡 海
周湘伟 王 晔 彭中礼

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治政府：基本理念与框架/刘丹等著. —北京：中国法制出版社，2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0629 - 1

I. 法… II. 刘… III. 国家机构 - 行政管理 - 研究
IV. D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 099795 号

法治政府：基本理念与框架

FAZHI ZHENGFU; JIBEN LINIAN YU KUANGJIA

著者/刘 丹

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 7 月第 1 版

印张/14.125 字数/292 千

2008 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0629 - 1

定价：36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66034242

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

目 录

导 言	(1)
第一章 有限政府	(14)
第一节 政府角色从“全能”到“有限” 的转换	(14)
第二节 法律优先与法律保留:政府立法 权的限度	(39)
第三节 职权法定与越权无效:行政执法 权的控制	(57)
第四节 公共权力的制约机制	(71)

第二章 服务政府	(86)
第一节 从管制型政府到服务型行政	(86)
第二节 给付行政:政府职能新领域	(103)
第三节 行政指导与行政合同:新型管理 方式的探索	(115)
第四节 电子政务:全方位的信息服务	(130)
第三章 诚信政府	(140)
第一节 诚信原则从私法向公法的演变	(140)
第二节 行政立法中的诚信	(165)
第三节 具体行政行为中的诚信	(177)
第四节 其他行政行为中的诚信	(187)
第五节 信赖利益:法律界定及其保护	(199)
第四章 透明政府	(209)
第一节 挑开政府神秘的面纱	(209)
第二节 行政公开:透明政府的核心	(224)
第三节 公民参与:透明政府的途经	(236)
第四节 行政程序的法治化	(249)
第五章 责任政府	(270)
第一节 从有限责任到全面责任	(271)
第二节 抽象行政行为责任	(295)
第三节 具体行政行为的责任	(319)

第四节 行政补偿:政府责任新形式	(338)
第六章 廉价政府	(350)
第一节 廉洁高效:永恒的主题	(350)
第二节 完善公共财政体制	(369)
第三节 降低政府行政成本	(391)
第四节 规范政府行政收费	(406)
第五节 预防和惩治行政腐败	(420)
主要参考文献	(434)
后 记	(445)

导 言

法治，不仅是人类社会一种美好的理想，同时也是历史和实践所证明的治理国家最好的模式。

早在古希腊时期，柏拉图就在人治和法治的反复权衡中确认法治是“第二最佳的选择。”^①伟大的思想家亚里士多德认为“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”，旗帜鲜明地提出“法治应当优于一人之治”^②，并阐明了法治的基本涵义是“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本身制定得良好的法律。”^③古罗马时

① [古希腊] 柏拉图：《理想国》，商务印书馆 1986 年版。

② [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1965 年版，第 167—169 页。

③ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1983 年版，第 199 页。

期的西塞罗更是宣称“执政官乃是会说话的法律，而法律乃是不会说话的执政官。”^①

文艺复兴以后，随着资本主义经济的发展和民主意识的觉醒，近代法治理论开始形成，传统的法治理论产生了质的飞跃。在英国，近代法治理论的首创者哈林顿在《大洋国》中提出了以自由为最高价值准则，以法律为绝对统治体制的法治共和国模式。洛克则从维护个人的自由、平等、人权不受政府权力侵犯出发，提出国家权力“应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律，而不是以临时的命令来实行统治。”^②他认为，“法律一经制定，任何人也不能凭借自己的权威逃避法律的制裁；也不能以地位优越为借口，放任自己或任何下属胡作非为，而要求免受法律的制裁。”^③法国的卢梭把法治归结为“法律之下的自由和权利”，认为没有法律，权力就会为所欲为，因此，他将法治与民主共和体制联系在一起，宣称“凡是实行法治的国家——无论其形式如何，我都称之为共和国；因为惟有在这里才是公共利益在统治着，公共事务才是作数的。”^④

19世纪末，英国宪法学家戴雪提出了“法治”（rule of law）的概念，并归纳了法治原则的三个要素：排除政府专断，法律至上；法律面前人人平等；宪法不是个人权利的源泉而是其结果。^⑤美国的潘恩、杰斐逊、亚当斯、汉密尔顿等政治家和思想家则将

① [古罗马] 西塞罗：《论法律》第3卷第2章。转引自《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第79页。

② [英] 洛克：《政府论》（下），商务印书馆1983年版，第80页。

③ [英] 洛克：《政府论》（下），商务印书馆1983年版，第59页。

④ [法] 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1982年版，第51页。

⑤ [英] 戴雪：《英宪精义》，英文版第10版，第202—203页。

启蒙思想家的法治思想直接写入了独立宣言和宪法中，使法治从理想成为现实。进入20世纪后，西方各国关于法治的论述更加深入和丰富。1959年在印度召开的“国际法学家会议”通过《德里宣言》，将法治概括为三大原则，即“立法机关的职能在于创设和维护使每个人保持人类尊严的各种条件；不仅要为制止行政权的滥用提供法律保障，而且要使政府能有效地维护法律秩序，借以保证人们具有充分的社会经济生活条件；司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件。”^①60年代，美国自然法学家富勒提出了法治的八项原则，包括法的一般性和普遍性；公开性；不溯及既往；明确性；不矛盾或避免矛盾；有遵守可能；稳定性；官方行为与已公布的规则的一致性^②。这些论述，使得法治理论从古代和近代法治深厚积蕴的基础上，有了全新的进步和发展，人类的法治思想和法治建设登上了一个崭新的制高点。

尽管历代的思想家和政治家是从不同的视角或不同的层面来认识和探讨法治的价值和内涵，但从他们看似不同的表述中，我们不难感悟到法治的精髓与要义，那就是：要使国家的公共权力置于法律的严格控制和监督之下，使人民的基本权利和自由获得法律坚实有力的护佑，就如《牛津法律大辞典》所归纳的：“在任何法律制度中，法治的内容是：对立法权的限制；反对滥用行政权的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护的大量的和平等的机会；对个人和团体各种权利和自由的正当保护；以及在法律面前人人平等。——它不是强调政府要维护和执行法律秩序；而

① 参见王人博、程燎原：《法治论》，山东人民出版社1989年版，第131页。

② 参见张文显：《当代西方法哲学》，吉林大学出版社1987年版，第93—95页。

是说政府本身要服从法律，而不能不顾法律或重新制定适用本身利益的法律。”^①可见，政府严格依法行政，建设一个法治的政府，就是法治的精神和灵魂。

实行法治必然要求政府依法行政，建设一个法治的政府，这不仅因为政府是法律的“执行者”，更因为随着现代社会的发展，政府作为公共权力的行使者，其职能范围日益扩大，管理领域不断拓宽，行政权力也随之扩张，成为了公共权力控制中的重点和难点。正因为如此，二战以来，资本主义国家将依法行政确定为政府行使权力的基本准则，对法治政府的基本内涵和要求进行了更加深入的阐述。日本著名法学家美浓部达吉提出，所谓法治政府，一是行政的作用不得任意与法规相抵触；二是除非有法规根据，不得侵害人民权利或使人民负担义务；三是除非有法律根据，不得为特定人设定权利或为特定人免除法规所科之义务；四是法规任行政权以自由判断之场合，其判断也须合于法规。其后，田中二郎将依法行政概括为：第一，行政为法规之执行；第二，行政须有法规之授权；第三，行政应受法规之限制。德国行政法学的创始人奥托·迈耶认为：法治政府即指“法律支配”，其含义包括三方面：（1）凡规定有关人民自由、财产权之法规，应受法律之支配；（2）以法律指导行政，行政作用与法律相抵触者应不生效；（3）行政活动虽非必须全部从属于法律，但基本权力的限制非以由法律制定不可。同时，他们还特别强调法律优先与法律保留，要求政府权力有限并受议会立法的制约。在法国，人们强调公共权力和公共行为受行政法支配，认为法治政府主要包括三项

^① 参见《牛津法律大辞典》，第790页。

内容：一是行政行为必须根据法律，二是行政行为必须符合法律，三是行政机关必须采取行动保证法律规范的实施。在英国，人们将政府依法行政看作是法治的重要内容，强调政府权力的合法性，强调政府越权无效。在他们看来，法治政府必然应当具有这样一些要求，即依法办事，限制自由裁量权，公民和政府之间的争议由法院解决——任何人不可做自己案件的法官，行政违法赔偿。尽管各国关于法治政府的表述不一，但人们倾向于认为，法治政府意味着在人民主权国家，由民意机关制定法律，而由政府机关执行法律，非依实体法和程序法的规定，政府不得限制人民的权利、加重人民的负担；对行政机关的行政行为，行政管理相对人认为违法或不当时，有权提起诉讼，造成损害的，有权请求赔偿。总的来说，法治政府的实质是强调体现人民意志的法律至高无上，政府的权力和行为必须受到法律的控制，以防止政府的专断而侵害人民的权益。

在我国，由于几千年封建社会历史和缺乏民主法制的传统，法治的道路漫长而艰辛。新中国成立后，我们在治理国家方面进行过有益的探索，也曾走过弯路，有过深刻的历史教训。直到党的十一届三中全会以后，我国才真正踏上了法治之旅。1978年，党的十一届三中全会重申“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，表明了我党寻求法治的意向；1982年制定的宪法在序言中确认了宪法的最高法律效力和国家机关、社会组织 and 公民维护宪法尊严、保证宪法实施的职责，以根本法的形式确认了宪法和法律在国家中的地位 and 权威。1984年，中央提出了“从依政策办事，逐步转变为既要依政策办事，又要依法律办事”的方针，继而在政府工作中要求“依法办事，依法行政”，“依法行政”四

字首现于政府文件中。1997年，党的十五大正式将依法治国确定为党领导人民治理国家的基本治国方略，标志着中国向法治社会又迈出了具有突破性的一步。1999年，九届全国人大二次会议修订宪法时将“依法治国，建设社会主义法治国家”正式写入宪法，在新中国历史上第一次通过宪法宣告了国家的“法治”道路选择；同年，为贯彻落实宪法建设法治国家的规定，国务院发布了《关于全面推进依法行政的决定》，要求“各级政府和政府各部门要统一思想，更新观念，提高对依法行政重要性的认识；各级政府和政府各部门的领导要认清自己的历史责任，带头依法行政；加强政府法制建设，全面推进依法行政。”2004年的《政府工作报告》第一次将法治政府作为政府自身建设的目标，体现了政府在法律思维上的自觉。随后，国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》，对我国推进依法行政，建设法治政府进行了全面的规划和部署，明确提出了经过十年左右坚持不懈的努力，基本实现建设法治政府的目标，标志着我国法治政府从法律思维到社会实践的重大转变。

法治国家的核心和关键是政府法治。法治社会不仅仅要求一般的社会成员遵守法律，更要求国家和政府的公共权力严格受到法律的限制和约束。在我国，建设法治政府，是政治文明和民主法制建设的重要内容，是市场经济体制的必然要求，同时还是实现权力监督制约防范权力滥用和权力腐败的有效手段。改革开放以来，我国民主法治建设取得显著成绩，依法行政也有了明显进展，各级政府和公共部门加强制度建设，严格行政执法，强化行政监督，依法办事的能力和水平不断提高。但是，我们应当看到，与完善社会主义市场经济体制，建设社会主义政治文明以及依法

治国的客观要求相比，我国的依法行政还存在不少差距，就如国务院《全面推进依法行政实施纲要》里所归纳的：行政管理体制与发展社会主义市场经济的要求还不适应，依法行政面临诸多体制性障碍；制度建设反映客观规律不够，难以全面、有效解决实际问题；行政决策程序和机制不够完善；有法不依、执法不严、违法不究现象时有发生，人民群众反映比较强烈；对行政行为的监督制约机制不够健全，一些违法或者不当的行政行为得不到及时、有效的制止或者纠正，行政管理相对人的合法权益受到损害得不到及时救济，一些行政机关工作人员依法行政的观念还比较淡薄，依法行政的能力和水平还有待进一步提高。这些问题的存在，不仅损害了人民的权利和利益，影响政府形象和威信，而且阻碍和制约了我国民主法治建设的进程，妨碍了社会的全面发展和进步。当前，我国的经济、政治、文化、意识形态等各方面正在进行全面的转型，转型时期存在各种深层次问题、矛盾和危机，更需要依靠法律制度的力量去解决。所以，建设法治政府，既是历史的选择，更是现实的要求。

明确提出建设法治政府，并将其作为依法治国的重要组成部分，作为政府推进依法行政的最终目标，是我国在政府法制理论和实践上的一个重大突破，反映了对法治建设规律和依法行政规律的新认识。自20世纪80年代以来，我国理论界就开始了政府对法制的关注和研究，对于国家加强行政法治的重要性、必要性，依法行政的基本原则、基本内涵和要求都进行了系统研究，为法治政府理论的形成奠定了坚实基础。进入新世纪后，我国理论研究的重心开始直接转向法治政府，特别是围绕国务院《全面推进依法行政实施纲要》，对法治政府的概念、内涵、基本要求和实现

途径等问题，进行了卓有成效的研究。但这些研究，大都是在依法行政的主题下进行，或者将法治政府和依法行政混为一谈。至今为止，人们对于法治政府尚未形成统一认识，对于法治政府的内涵和基本构架也是仁者见仁，智者见智。从理论的层面讲，梳理学界多年来对于法治政府的研究成果，整合当前关于法治政府的诸多观念和命题，揭示法治政府深厚的理论内涵，成为一项紧迫而重要的任务。

我们认为，所谓法治政府，是指在现代民主政治和市场经济基础上，以实现人民的基本权利和自由为出发点和最终目的，使政府权力来源于法律并受制于法律，政府严格依法履行职权并承担法律责任的政府。在这里，需要明确的是，法治政府是法治国家的必然要求，也是法治国家的必然产物，它强调国家宪法和法律的至高权威和地位，要求政府的权力产生于人民制定的法律，政府权力的运行受制于法律实体的和程序的约束，政府违法同样要承担相应的法律责任，政府最基本同时又是最高的责任就是维护人民当家作主的民主权利和其他基本权利。

由此定义出发，我们认为法治政府的基本理念至少应当包含以下内容：

第一，法治政府必须是有限政府。法治是人治的对立物。法治的核心就是要用公共意志防范个人专断，以法律的权威避免权力的滥用，因此，一个法治的政府，其首要的涵义就是一个权力有限的政府。它不但要求政府的权力要受到法律的制约，同时，就连政府本身也要获得法律的认可。在现代民主法治的语境下，政府的权力不是天生的，而是来源于人民的委托与授予，政府的权力也不是无限的，必须受制于体现公共意志的宪法和法律，政

府不但要通过执行和实施法律使公民权利得以实现，同时还要保证一切权力都在法律规定的范围内行使而不会被滥用。这就要求政府的职权必须法定，政府的行为必须严格依据法律规定进行，未经法律授权，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。从深层次考量，有限政府还要求政府正确处理政府和社会、政府和市场的关系，准确定位政府角色，合理界定政府职能范围，规范政府权力的运作，建立行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的现代行政管理体制。

第二，法治政府必须是服务政府。传统的政府理念将政府定位于管理者，行使着从许可、处罚到强制等诸多管制性的权力，政府成为了公民的主人或社会的主宰。而服务政府是在现代政治经济条件下产生的一种新型政府模式。这种新模式在政民关系上摒弃了传统管制型政府的官本位、管理本位和权力本位理念，向公民本位、社会本位和权利本位转变；在公民利益上强调以人为本，要求政府的一切行为都要围绕保护公民的利益，实现社会公共利益来进行；在政府职能上强调政府应通过直接和间接的方式，为人民提供更多和更加优质的服务；在管理手段上提倡采用行政指导、行政合同的等柔性的管理方式，更加强调公民的参与和政府、人民间的合作。当然，政府的这些转变是以立法宗旨和执法目的的转变为基础，并以相应的法律制度作为保障的。这也就意味着，法律不再是政府手中舞动的权柄，而是制约政府强权，要求政府摆正与人民的关系，履行其服务公众、服务人民职责的最好武器。

第三，法治政府必须是诚信政府。如果说有限政府是法律加

之于政府的外在要求的话，那么诚信政府就是“政府自我反思的内在升华”，体现了政府在职能定位和自我约束上的自省和自觉，包括政府以积极主动的姿态、宽容的精神、公平的理念所构建的一系列自我约束机制^①。从制度的层面讲，法律具有的普遍性、公开性、非歧视性、稳定性和可预期性等基本特征，必然要求政府在行使权力的过程中不仅做到公正合理，而且必须行而有诚，言而有信，只有这样，政府才能建立其必须具有的公信力和权威性，才能有效地实施和实现法律的宗旨和目的。为此，必须在行政法治领域确立政府诚实守信和公民对政府的信赖保护原则，规定政府的行为必须合法，所依之“法”应当具有公开性、稳定性与不可溯及性，因立法变动给公民的合法权益造成损害，政府应当承担补偿责任；行政机关公布的信息应当全面、准确、真实，政府行为应具有真实性、善良性和确定性，因虚假、错误的行政行为造成公民正当权益损害的，政府负有赔偿义务；公民合法的信赖利益受法律保护，行政行为一经做出，即具有确定性，非经法定事由和法定程序，不得擅自撤销、更改或废止，确因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的，应当依照法定权限和程序进行，并对行政管理相对人因此而受到的财产损失依法予以补偿。

第四，法治政府必须是透明政府。法治政府拒绝暗箱操作，要求政府公开和透明，尽管这不是法治政府的实体价值目标，但恰恰是区别法治与肆意的人治之间的重要标志。对于政府而言，

^① 参见肖北庚：“法治政府之理论解读”，载《湖南师范大学社会科学学报》2005年第2期。

公开透明将使其置于公众的监督之下，以防止行政腐败和权力的滥用，对于公民来说，行政公开则是对其知情权、参与权、监督权和救济权的确认和保护。透明政府要求行政机关更加注重行政程序的价值和意义，牢固树立程序观念，自觉接受法律程序的规则和要求，做到政务公开，政府资讯公开，自觉接受公众的监督；要求政府做到重大决策和制度建设事先公布，广泛征求和听取公众意见特别是利益相关人的意见和要求，对法定听证事项依法组织听证；要求政府在社会管理中广泛鼓励和保障公众参与，为公民参与政府管理提供多种形式和有效途径。实践证明，由“暗箱操作”转变为“公开透明”，对于建设法治政府具有特殊重大的意义。

第五，法治政府必须是责任政府。严格的法律责任是法律威严的来源和护身符。而权利与义务统一、职权与职责统一，是政府权力区别于公民和其他组织法定权利的重要特征。从理论上讲，政府作为接受人民委托从事公共事务管理的公共机构，必须对产生它的人民负责，对人民制定的法律负责，必须回应社会和人民的正当要求并积极采取行动加以满足，必须承担因为自己的行为而引起的政治责任、行政责任和赔偿责任。因此，责任政府是法治政府的内在表现，同时也是现代民主法治的基本要求。从法律的层面讲，政府不仅可以履行其职权而且必须履行其职权，滥用权力是违法，而拒绝、放弃应该行使的权力就是失职，同样要承担法律责任。这就要求行政机关依法履行经济、社会和文化事务管理职责时，严格遵守其职权范围和法定程序，执法时必须采用法律、法规赋予的执法手段，行政机违法或者不当行使职权，必须依法承担相应的法律责任，做到用权受监督、违法受追究、侵