

法治政府的建构

FAZHI
ZHENGFU
DEJIANGOU

《全面推进依法行政实施纲要》

解读

江必新 主编

中国青年出版社

法治政府的建构

《全面推进依法行政实施纲要》解读

中国青年出版社

(京)新登字 083 号

图书在版编目 (CIP) 数据

法治政府的建构《全面推进依法行政实施纲要》解读/江必新主编.
—北京:中国青年出版社,2004

ISBN 7-5006-5782-X

I. 全... II. 江... III. 行政执法-中国-公务员-培训-
教材 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 032348 号

中国青年出版社出版 发行

社址:北京东四 12 条 21 号 邮编:100708

编辑部电话:(010) 64052011 发行部电话:(010) 64053485

北京瑞德印刷有限公司印刷 新华书店经销

*

850 × 1168 1/32 14 印张 350 千字

2004 年 5 月北京第 1 版 2004 年 5 月北京第 1 次印刷

定价:23.00 元

本图书如有任何印装质量问题,请与出版处联系调换

联系电话:(010)64033570

雄狮书店:(010)84039659

主 编：江必新 最高人民法院副院长

参加编写人员：王锡锌 北京大学教授

刘 莘 中国政法大学教授

熊文钊 中央民族大学教授

金国坤 北京行政学院教授

张 越 国务院法制办

王宝明 国家行政学院教授

莫于川 中国人民大学教授

宋功德 国家行政学院讲师、法学博士

余凌云 中国人民公安大学教授

杨小军 国家行政学院副教授

张步洪 最高人民检察院民事行政法律研
究处副处长

序 言

为了适应全面小康社会的新形势和依法治国的进程,国务院发布了《全面推进依法行政实施纲要》。《纲要》明确提出,经过十年左右的坚持不懈的努力,基本实现建设法治政府的目标,并系统勾划了依法行政实施的蓝图,表明政府依法治国、依法行政的坚定决心和信心,这是在我国民主与法制建设史上具有里程碑意义的大事。

《纲要》的制定和发布具有许多特点:

一、《纲要》是实践经验的总结、集体智慧的结晶。改革开放以来,特别是近十余年来,我国的社会主义民主法制建设,随着经济体制改革的不断发展,得到了逐步加强,并取得了辉煌的成就,特别是依法行政成绩突出,积累了许多经验。《纲要》的草拟过程,就是从总结经验入手并以以往的经验为基础形成的。这些经验包括依法行政的指导思想、基本原则和基本要求等。这里值得提出的是,在国务院法制办的组织下,参与《纲要》的调查、论证、咨询等起草工作的相关专家、学者及公众人士十分广泛。可以说,这部纲领性文件,是集体智慧的结晶,是科学民主决策的典范。可以相信,其实施会有坚实的社会基础。

二、以依法行政是从实际存在的问题为中心,从实际出发,而不是从原则出发,综合探索对策的思路、架构和政策。依法行政存在的实际问题较多,主要涉及转变政府职能,深化行政管理体制改革,建立健全科学民主决策机制,提高制度建设质量,探索解决社会矛盾的机制,完善行政监督制度和机制,提高行政机

关工作人员依法行政的观念和能力等问题。对这些问题在共同的指导思想指引下,有组织地深入进行探讨,综合分析,研究对策,最后形成政策规范、原则和措施。由于问题之间具有内在的关联性,因而最后形成的较为系统的政策规则体系,内在逻辑结构合理,层次清楚,并具有前瞻性、针对性和实效性。《纲要》确认的依法行政的基本原则和基本要求,体现了科学发展观、执政为民的思想和统筹兼顾的精神。《纲要》的制定和发布,社会反映很好,特别是对《纲要》采用的行政决策机制予以积极的评价。这种公众参与、专家论证和政府决定相结合的行政决策机制,很值得各级政府、政府部门在行使行政决策权时效仿。

三、实现法治政府是一个过程,要制定规划、分步推进。法治政府属现代政治文明,具有国际相关性,有经验可资借鉴,但无论是法治还是公共治理,国情背景很强,不宜照搬。我国的法治政府,是社会主义法治国家的重要组成部分,是同社会主义市场经济体制相适应的,需要根据物质文明、政治文明和精神文明协调发展的要求,逐步推进。《纲要》属国务院规范性文件,其规定的政策,必须坚持。纲领性的规范,必须通过转变观念,通过改革,通过立法或制订具体的办法和配套措施来加以实施,其中不乏体制、制度和机制的创新,可见十年基本实现法治政府,任重道远。地方各级政府和政府部门都要“充分认识《纲要》的重大意义,切实抓紧抓好《纲要》的贯彻执行工作”。“要从实际出发,制定本部门本单位贯彻落实《纲要》的实施意见,具体办法和配套措施,确定不同阶段的目标要求,提出工作进度,突出重点,分步实施,整体推进,确保《纲要》得到全面正确执行。”

《纲要》对各级政府和各政府部门都具有约束力。行政政策不是可执行可不执行的“软任务”,《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》指出,“地方各级人民政府和各部门的

主要负责同志要加强领导,切实担负起贯彻执行《纲要》、全面推进依法行政第一责任人的责任”,“对贯彻执行不力的,要严肃纪律,追究责任。”还要根据《纲要》的要求,建立和完善行政决策评估机制和行政绩效评议机制。

学习和贯彻《纲要》既是各级政府和政府机构的职责,也是广大行政法专家、学者的一项义不容辞的任务。江必新同志主编一本解读《纲要》的书,要我为该书作序,并说去年国务院法制办在内蒙古举办依法行政理论研讨会上我的那篇讲话《总结依法行政经验,提高依法行政水平》反映不错,内容也具有相关性,可以收入序言中,作为参考。我参加过《纲要》起草起始阶段的一些活动。现在《纲要》出台了,无论从那个角度讲,宣传贯彻《纲要》是我应尽的义务。对江必新同志的建议,我难以推托。那篇讲话稿曾在国务院法制办的网站上刊登过,现全文附在序言中,作为历史资料供读者参考。

四年之前(1999年9月),国务院发布了《关于全面推进依法行政的决定》,引起了强烈的社会反响,极大地推动了行政观念的改变、执法环境的改善与执法水平的提高。随着依法行政进程的日渐深入,为了全面贯彻实践“三个代表”重要思想,国务院法制办组织召开这次依法行政理论研讨会,对及时总结依法行政经验,正确把握依法行政内涵,推进依法行政的制度化、规范化和程序化,进一步提高依法行政的能力与水平,都具有十分重要的意义。

下面我想谈两个问题:一是关于依法行政的基本经验,二是就进一步推进依法行政谈几点建议。有的看法不一定妥当,仅供大家参考。

一、依法行政的基本经验。

改革开放、特别是十三届四中全会以来,随着我国现代化建设进程的顺利推进,社会主义民主与法制建设成效显著,依法行

政取得了很大的发展,积累了许多经验,这主要包括:

第一,全面实施依法行政,必须以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,把遵循先进的文化方向、反映先进社会生产力发展的要求、体现最广大人民群众的根本利益作为依法行政的出发点和落脚点。在依法行政的实施过程中,始终坚持立党为公、执政为民,始终坚持正确的政治方向。

第二,依法行政要以经济建设为中心,服从并服务于改革、发展和稳定的大局。围绕经济建设,把推动改革、促进发展和保持稳定作为依法行政的重点,坚持依法行政与经济建设和社会发展相协调。

第三,依法行政就是要扬行政之长、避行政之短。行政权是把双刃剑,既有积极的一面,又有消极的另一面。就其积极意义而言,它对维护公共利益、保护公民的合法权益、维护社会秩序和稳定,对推动经济发展、技术创新、社会进步等等,都具有其他个人与组织无法替代的积极作用,尤其对于我国这样一个转型时期的发展中大国而言,政府的作用更是举足轻重。要稳定、要改革、要发展,离开行政权是绝对不行的。但另一方面,由于行政权对应着特定社会资源的配置与社会利益的分配,因此要防止行政寻租与权钱交易,避免行政权的异化,维护公共利益,维护个人与组织的合法权益。

第四,在转型时期,依法行政的推进要与政府职能的转变同步进行。一方面,依法行政是政府职能转变的重要内容,计划经济下的全能政府,主要是依政策行政;而市场经济下的有限政府,则只能依法行政。另一方面,依法行政也是政府职能转变的必要手段,是行政管理模式的一次革命。因此,必须高度重视和充分运用法律手段来保障和推进政府职能的转变。

第五,依法行政的能力与水平的提高,虽然与公务员的行政观念以及法律素质休戚相关,但不能单靠思想教育和个人修养,必须建立、健全各种行政法律制度,建立起完善的权力监督与权利救济机制。

第六,立法、执法和行政监督,是依法行政缺一不可的三个重要环节,三者必须齐头并进、协调一致。

二、关于进一步推进依法行政的几点建议。

进一步推进依法行政,既要总结基本经验、再接再厉,也要研究当前存在的主要问题,对症下药。针对当前依法行政面临机遇与挑战并存、成绩与问题并存、紧迫性与长期性并存的局面,各级行政机关及公务员要增强依法行政的使命感与责任感,确保政令畅通与法律的统一实施;要立足实际,制定切实可行的中长期行政立法规划,不断提高行政立法质量;要尊重经济建设与社会发展规律,继续改革行政管理体制,推进行政管理方式的多样化;要进一步推动机制创新,广泛调动各方面的积极性,既要行政权加以有效的监督与制约,又要激励行政机关及其工作人员积极行使行政职能,提高行政管理与公共服务的水平。

为此,我们要全面贯彻实践“三个代表”重要思想,健全依法行政体制,进一步转变观念,增强依法行政的意识,努力做好以下几个方面的工作。

第一,积极推进行政决策的科学化、民主化与法治化,明确行政决策权限,开放行政决策过程,逐步推行领导、专家和群众相结合的决策机制,强化对行政决策的监督制约机制,完善决策责任追究制度。

第二,针对行政立法和制定其他规范性文件中普遍存在的问题,完善有关专家论证、起草、公众参与、立法建议的处理、事先审查、法律文件的公布与自由索取等方面的制度。

第三,进一步完善政府化解纠纷机制,强化政府化解纠纷的功能。可以考虑设立统一的信访和投诉制度,建立、健全信息公开和巡视制度;全面发挥行政调解的作用;进一步规范行政裁决制度,有条件的地方与部门可以考虑开展专门的行政裁判所试点工作;更加重视行政复议的作用,充分发挥其行政监督功能。

第四,维护宪法和法律的权威,增强行政机关和公务员依法行政的使命感与责任感,确保政令畅通和法律的统一实施。

法治政府的建构《全面推进依法行政实施纲要》解读

第五,建立健全内部监督与外部监督相结合的行政监督机制,完善行政责任追究机制,防止行政权的滥用,最大限度地保护公民的合法权益。

第六,通过加大公务员培训力度、改革公务员绩效评估标准等措施,大幅度提高公务员的法律素质,强化公务员依法行政的观念与意识,全面提高公务员依法行政的能力与水平。与此同时,还应进一步完善公务员的激励机制和权利保障制度。

此外,我们还应密切关注实践中出现的新情况、新问题,不断丰富和发展我国依法行政的理论与实践。比如,针对各种突发公共事件,建立健全预警机制、完善应急处理措施;针对行政管理方式多样化的需求,要保持思想与制度与时俱进。

同志们,我国是一个法制后进与经济欠发达的大国,我们必须致力于解决如何变法制后进与经济后进的劣势为后发优势这个重要问题。但是,通过全面推进依法行政、实施依法治国方略,是一个循序渐进的长期过程,既拖不得、也急不得,应该立足中国实际,确保依法行政与经济建设和社会进步协调发展。

最后值得指出的是,本书的作者都是行政法学界的后起之秀,他们理论功底扎实,知识丰富,对行政法的理论和实践问题有较深入的研究,发表的论著不少。在本《纲要》的调研和讨论过程中,他们都不同程度地参与过,他们对本书各章的解读是准确的。本书是一本重要的参考书,本人愿意向读者推荐。

罗豪才

2004年4月

目 录

第一章 依法行政的意义	1
一、依法行政与现代法治国家	1
二、法治国家建设中依法行政的基本内容	7
三、中国的法治国家建设与依法行政	14
四、依法行政的制度创新与保障	23
第二章 依法行政的要求	28
一、合法行政	29
二、合理行政	36
三、正当程序	40
四、高效便民	45
五、诚实守信	47
六、责权统一	50
第三章 行政职能的转变	52
一、如何理解政府的行政职能	52
二、为什么要转变政府的行政职能	55
三、如何贯彻《纲要》关于 转变政府职能的要求	58
四、全面贯彻《纲要》，切实转变政府职能需要 注意的几个问题	74

第四章 行政体制的改革	82
一、合理划分和依法规范各级行政机关的职能和 权限	83
二、完善依法行政的财政保障机制	94
三、改革行政管理方式	98
第五章 科学民主决策机制的健全	105
一、建立健全科学民主决策机制的必要性	105
二、健全行政决策机制	113
三、完善行政决策程序	121
四、建立健全跟踪反馈机制和责任追究制度	128
第六章 行政立法的规范	133
一、行政立法和行政规范性文件的基本理念	134
二、对《纲要》中行政立法及 规范性文件规定的解读	149
三、认真贯彻《纲要》中有关行政立法及规范性文件 的规定,夯实国家和地方依法行政的基础	154
第七章 执法行为的规制	158
一、行政执法行为的基本理念与现实课题	158
二、对行政执法行为加以有效规制的路径	168
三、贯彻实施《纲要》需注意的几个问题	178
第八章 预警和应急机制的完善	181
一、应急处理的启动	183
二、应急处理所涉主体	188
三、应急处理措施	193
四、应急处理的边界	203
第九章 矛盾冲突的调处	207
一、积极探索预防和解决社会矛盾的新路子	208

二、充分发挥调解在解决社会矛盾中的作用	215
三、切实解决人民群众通过信访举报反映的问题	218
第十章 监督制度的健全	223
一、行政监督的地位和目标	223
二、《纲要》的基本内容	228
三、贯彻《纲要》要发挥监督的作用	247
第十一章 执法环境的改善	251
一、行政执法环境概述	251
二、提高行政机关依法行政的能力	257
三、提高领导干部依法行政的能力和水平	264
四、提高行政执法人员的执法能力和责任心	268
五、提高公众的法律意识	273
附录：	
一、国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的 通知	276
二、国务院办公厅关于贯彻落实全面推进依法行政 实施纲要的实施意见	278
三、中华人民共和国宪法	284
四、中华人民共和国立法法	312
五、中华人民共和国行政许可法	331
六、中华人民共和国行政处罚法	350
七、中华人民共和国行政监察法	364
八、中华人民共和国行政复议法	375
九、中华人民共和国行政诉讼法	388
十、最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政 诉讼法》若干问题的解释	403
十一、中华人民共和国赔偿法	424

第一章 依法行政的意义

依法行政,是法治理念和制度对现代政府权力行使的基本要求。我国的“依法行政”理念与制度的落实,也正是在“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略和宪法原则的背景下进行的。依法行政与法治和法治国家的理念具有内在的紧密关联性,从本质上看,依法行政的目标就是要建设法治政府。因此,理解依法行政的意义,把握依法行政的要求,思考我国依法行政的制度创新,都必须在法治国家和法治政府建设这一框架下来进行。

一、依法行政与现代法治国家

法治(rule of law)是人类思想史上最古老的理念之一。^① 同时,它也是一个内涵与外延都不断变化的范畴:在西方,从柏拉图开始对法治与人治问题进行讨论以来,不同时期、不同学者对

^① 在西方,从“通过法律的治理”这一角度来思考法治(rule of law)问题的文献,最早的应当是柏拉图的《共和国》和《法律篇》。在《共和国》一书中,柏拉图提出,假如“哲学家做国王或国王成为哲学家”,那么,由“意志”进行统治比由“法律”进行统治要好。但是在其《法律篇》中,他改变了早期的态度,主张人们接受“亚最好的”(the second best)统治方式,即法律的统治(rule of law)。参见 Plato, Republic V. 473 and VI. 501; Plato, Laws, IX. 875D。

这一范畴的理解,展现出不同的观察角度和不同的立场。^①另一方面,作为人类政治生活的一种实践,法治又被反复地作为人类在面对现实的或想像的社会生活难题时的“良药”。^②在这里,笔者不想对西方政治思想史中众说纷纭的法治理论以及各种形式的法治实践进行探讨,但是为了对现代法治国家的基本问题进行考察,有必要对法治的理念、形态及其基本的制度要求作一扼要分析。

(一)法治的基本理念是政府守法

在各种各样关于法治的理解和表述中,存在着一些共同的理念。在法治所涉及到的人类政治生活中,一个最基本的事实就是:政府公共权力的作用必须通过影响个体的权利而实现。在这样的人类政治生活的历史和现实语境中产生与发展起来的法治,在其最基本的意义上必然与公共权力和个体权利的关系有关。

① 自柏拉图以后,亚里士多德在其《政治学》一书中进一步肯定了法治的意义,并提出了法治的两个基本要求。参见 Aristotle, *Politics* 1286a; Sir Ernest Barker, *The Political Thought of Plato and Aristotle* (Dover, 1959)。古希腊以来,关于法治与人治的争论一直延续于西方政治学说史之中。从罗马时代开始并贯穿整个中世纪,随着对法治理论具有决定性影响的自然法思想的萌芽与发展,法治作为一种理论形态得到更大程度的认同,并为近代意义上的“宪政”(constitutionalism)奠定了基础。在近代资产阶级思想启蒙运动和资产阶级革命中,天赋权利和社会契约概念的提出,进一步论证了通过法治使政府权力受到限制的正当性。这一时期对法治理论有重要影响的人物主要有洛克、卢梭、孟德斯鸠、密尔、戴雪等。

② 在一篇系统讨论法治(rule of law)的论著中,一位学者写道:“每一个时代的人们可能都曾经认为他们那个时代的困惑和担忧是独特的,都以为历史在他们那个时代已经陷入了不可超越的危机之中……但是在每一个时代面临困惑和忧虑之际,思想家都在不同程度上将求助之手伸向法治。”这确实是一个意味深长的现象。参见 Arthur L. Harding (ed.), *The Rule of Law*, Southern Methodist University Press, 1961, p.5。

法治的基本理念何在？就其字面意义来说，“法治”即“法律的统治”(rule of law)。从比较宽泛的意义上讲，字面意义上的法治意味着人民应当服从法律并且受法律的统治。^①但是，人民服从法律并受法律的统治，是以人民的自由和权利受到法律的保护为目的的。这正是法的基本理念之一。西塞罗所说“为了自由，我们做了法律的奴隶”的格言，精辟地概括了法律与个体自由之间的关系。因此，就其实质意义上而言，法治要求政府守法并严格依照法律而进行统治，因为只有这样，个人自由才有可能得到保障。由此可见，在个体权利和公共权力这一政治生活最基本的关系中，法治主要是为了促使政府公共权力克制而富有理性地行使而提出的一种制度安排。简言之，法治要求政府权力的行使必须按照事先制定并公开的、不受个人意志左右的法律而进行。从这个角度来看，法治可以被理解为一种人类公共生活的方式或者基本状态。法治状态就是一种通过法律对社会公共权力设定有效制约，限制权力恣意与专断行使，并以此使个体权利与自由得到尊重和法律保障的社会状态。因此，关于法治国家的基本理念，我们有必要特别强调：虽然在法治状态中所有的社会成员都必须遵守法律，但是更重要的是，政府必须依照法律而行使其公共权力，政府必须依法行政。

(二)现代法治国家的核心要求是政府依法行政

上文从法治基本理念的层面上讨论了法治与政府守法或依法行政的关系。为了进一步分析政府依法行政在法治国家建设中的重要性，我们有必要从现代法治国家的基本特征和结构的层面对此进行更具体的探讨。

^① 从这种意义上对法治进行的理解，参见 Jennings, *The Law and the Constitution*, London: University of London Press, 1933, pp. 42—45。

现代法治国家是相对于传统意义上的法治国家而言的。一般认为,传统意义上的法治国家是早期自由资本主义时期的国家形态,其基本特征可以概括为:(1)法律至上,无法律则无行政;(2)立法、司法、行政这三种权力在分离的基础上存在着不同程度的相互制约;(3)政府的自由裁量权的拥有和行使受到极为严格的限制;(4)在政府权力和个人自由的关系上,政府一般被要求充当“守夜人”的角色,个人自由主要是免于政府干预的权利。但是到19世纪末20世纪初,资本主义的发展以及这一过程中所产生的一系列社会问题,为“大政府”的出现提供了契机,特别是“福利国家”的实践,使行政权在社会中的作用力日益突出,行政权呈现出扩张和全方位渗透的趋势,传统的法治国家不论是在理论上还是在实践中都受到了强有力的挑战,出现了被一些人称之为“新专制”的“法治状态”。^①与传统意义上的法治国家相比,现代法治国家有以下基本特征:(1)严格意义上的“法律的统治”就传统意义上讲已被抛弃,大量的由行政机关制定的法规(regulations)和规章(rules)成为“法律”的重要组成部分,“法律的统治”(rule of law)很大程度上成为“规章的统治”(rule of rules);(2)行政权日益向司法权和立法权领域扩张,出现了所谓的“第四种权力”(the forth branch),传统三权分立原则发生了一些变化;(3)行政权自由裁量的空间增大;(4)行政权由传统的“消极权力”转向“积极权力”,“积极行政”日益显得必要,即个人自由和权利的实现,不再是仅仅要求免于政府的干预,而且要求

^① 例如,早在本世纪初,英国政治家休厄特针对行政权扩张以及委任立法等情形,指出时代已显示出迈向“新专制”的危险;哈耶克教授针对现代社会对传统法治原则的超越,忧心忡忡地认为,人类可能正走上一条“通往奴役的道路”参见 F. A. Hayek, *The Road to serfdom*, University of Chicago Press, 1944; and Lord Hewart, *The New Despotism*, (London, 1929)