



群发性事件 防范机制研究

王学辉 等/著

司法部2006年度国家法治与法学理论研究课题成果

D631.4
W402



群发性事件防范机制研究

王学辉 等 著

科学出版社

北京

D631.4

W402

内 容 简 介

这是一本研究群发性事件的法社会学著作。对萌生于社会转型时代背景之下,根植于依法行政初期阶段土壤之中的群发性事件之研究,逃脱“管制”视角的窠臼,突破政府与市民社会对立的平台是必然之选。中国传统文化、社会学、社会心理学、社会主义法治和民主政治、公共行政多重视角解读下的群发性事件之防范需以社会治理结构的优化、公民道德建设和法治建设为根基,在此之上进行舆情汇集分析机制、政府信息公开机制、治安联动机制等制度性建设。唯此,始能达致政通人和,并遵循善治之路,构建出和谐行政法律秩序。

本书适合于政府部门从事相关公共事务的工作人员阅读,也可供从事法学、社会学学习和研究的人员参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

群发性事件防范机制研究/王学辉等著. —北京:科学出版社, 2010

(当代中国中青年法学家文丛)

ISBN 978-7-03-025872-4

I. 群… II. 王… III. 治安管理-群体-紧急事件-预防-研究-中国
IV. D631.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 195324 号

责任编辑:徐蕊 周向阳/责任校对:邹慧卿

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2010年1月第一版 开本:B5(720×1000)

2010年1月第一次印刷 印张:11 3/4

印数:1—2 000 字数:234 000

定价:32.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

自序

本书是一本专著。不是研究如何防止打群架之类的事，而是专门研究政府与市民社会关系、研究行政权与公民权关系的著作。以前研究这类问题的著作基本上都是从加强“管制”的视角展开的，是建立在政府与市民社会对立的平台上，而本书确立的基本态度是遵循“善治”之路，寻求和谐行政法律秩序的建构。书中所用的资料都来源于现实中国的实践。

“群发性事件”不单单是一个概念。群，不过就是你我他；事件，一个故事而已。你我他的故事，我们都希望是个好故事，坏故事则希望它变好。简单而美好的愿望，是这本著作产生的原因。

我也一直相信，唯有“政通”方能“人和”。这个道理，一千年前讲得通，一千年后也讲得通。所以，对于群发性事件，我们首先要反思、检讨，要找出体制上、机制上的问题，要想办法让这些问题都“通”了。唯有这些问题“通”了，群发性事件才能“通”。正是基于这样的考虑，本书很大一部分笔墨都花在所谓的“长期纬度中的防范机制”上，就是希望把群发性事件置放于宏大的社会场景中，把群发性事件置放于流动的历史长河中，一言以蔽之，就是把群发性事件的防范机制对应到如何实现“政通”的问题上。

那么，何为“政通”？在我看来，貌似玄而又玄的“政通”有这样几个标志：

第一，民富国强。当孔子周游列国时，见到卫国人口增多了，孔子对冉有说：“庶矣哉！”冉有说：“即庶矣，又何加焉？”曰：“富之。”曰：“即富矣，又何加焉？”曰：“教之。”^①孔子是把老百姓的“富”作为治政的要务来考虑的。孔子很多学生中有一个最像孔子的学生叫有若，鲁哀公因为缺钱想增加赋税，便去问有若，有若反对说：“百姓足，君孰与不足；百姓不足，君孰与足？”^②可见，从古及今，民生问题的本质都在于最广大的国民能掌握多少财富。如果藏富于民，民富而国强，政通人和就有了基础或前提。反之，将国家作为财富的本体，藏富于国，甚至与民争利，不发生这样或那样的“事件”倒成怪事了。

第二，政理均平。“均平”思想也来自孔子。《论语·季氏》载：“丘也闻有国有家者，不患寡而患不均。”^③即治国的道理不在于他所占有的土地和人民的

① 《论语·子路》。

② 《论语·颜渊》。

③ 对这句话的理解存在分歧。朱熹《四书章句集注·论语集注》对此解释：“寡谓民少”，“均谓各得其分”，颇值信服。

多寡，而在于国内的政治是否均平，是否公平合理。古代思想家们认为，均平就是天地之德性，而人的行为是应该效法天地自然的。唯有政理均平，才不生怨气，不起矛盾，不发生这样或那样的“事件”。反观目前的很多所谓的群发性事件，无论征地、拆迁、改制或其他原因引起的，其共性就是在资源再分配时没有保障公平合理。经济学中关于资源配置的帕累托改进法则，即改进应是在让一方的境况变得更好的时候不使另一方的境况变得更糟。我们在征地的时候、拆迁的时候、改制的时候，为什么很多人不满意，出来“闹事”，直至形成“群发性事件”，就是没有遵循帕累托改进。

第三，互信互敬。互信互敬讲的是官民之间要形成互相信任、互相尊敬的氛围。有个鲜活的例子可以说明互信互敬的作用。四川汶川大地震发生后，由于政府公开地震灾情的信息，产生了强大的号召力、感召力和动员力，国人自觉行动起来抗震救灾，在巴山蜀水间谱写了许多感人至深的慷慨壮歌。这种伟大的力量来自于他们知情，来自于政府对人民的信任。民为政本，一个相信人民的政府能够克服一切困难，能够创造出各种奇迹。只有政府相信人民，尊敬人民，人民才会相信、尊敬政府，官民关系才能和谐，社会才能和谐。反观群发性事件，它的发生说明当事人已经不信任体制内的救济途径，转而求诸“物理力量”的对抗。在这个问题上，“民”当反思，“官”亦当反思。为政者要保障民意畅通，保障体制内救济途径的有效性，只有这样，才不至迫使当事人走向极端。

第四，志当高远。假设两个人一起做生意，如果总是把目光盯在对方身上，想方设法占对方的便宜，这个生意一定会一团糟。而如果两个人有远大的理想和抱负，放眼于未来，则更容易精诚合作。这个道理同样适合于官民关系。新中国成立初期，在共产主义理想的感召下，全国人民鼓足干劲进行社会主义建设，形成了非常融洽的干群关系。尽管那个时候我们走了弯路，犯了错误，但错误的是路线，不是理想和抱负本身。一个民族，如果有境界、有追求、有理想、有抱负，就不至于热衷于“窝里斗”，就会以一种积极向上精神面貌去争取民族复兴、大国崛起。而这，才是中华民族希望之真正所在。

凝视着“此岸”，向往着“彼岸”，这也许是我们法律学人无法避免的存在方式。我们尽量做到文章“合时而作”、“合事而作”，尽量让文章能有些价值。而正如英国作家王尔德说：“作品一半是作者写的，一半是读者写的！”这让我们充满了期待——对读者写的那一半。

是为序。

序 言

方颌琳^①

改革的深化会导致社会格局的巨大变动及利益冲突的不断加剧,随之而来的是转型时期的中国群发性事件的高发态势,且其表现形式多样,影响广泛,这已成为和谐社会进程中不得不面对和解决的一个难题。群发性事件多数是政府和公民的矛盾或者原本不是但最后演变为两者之间的冲突,政府始终是群发性事件中重要的主体,且政府具有维护社会稳定、防范群发性事件的职责,由此也决定了政府在群发性事件的防范中将扮演重要角色,群发性事件的产生、发展与防范都充满着政府及其职能问题的思辨,体现着政府职能运行的影响性。

群发性事件产生于社会转型的时代背景中,社会转型所包含的从计划经济向市场经济转轨、城市化进程、法治社会的建设等,这些促使中国政府的职能定位经历了近代以来最大的一次转变:其职能由政治职能转向经济职能,工作重心也从阶级斗争转移到经济建设上来,由对经济全面的、宏观与微观兼顾的计划调控转向政府与市场分野,政府职能重点放在了宏观调控上。正是政府职能的重大调整促进了我国市场经济的高速发展,同时也打破了原有的僵化与静止的利益格局,使得资源重新分配,这也加剧了利益冲突,从而产生了一些不稳定与不和谐的因素,并在一定程度上孕育了群发性事件。

在群发性事件防范机制中政府职能又该如何转换与发挥作用呢?长期纬度的防范机制包括社会治理结构的优化、公民道德的建设、法治建设;短期纬度的防范机制包括舆情汇集分析机制、政府信息公开机制、治安联动机制,无不要求政府有所作为。公民道德建设要解决的核心问题在于激发或促进广大公民对政治活动及公共事务的投入并以理性、合法的方式解决政治参与中的各种问题,为此政府必须为公民参与政治活动及公共事务提供真实的机会而非仅停留在法律规定中的应然机会;公民道德的制度化了除了将最基本的公民道德原则和规范法律化之外,更强调政府对公民道德的政策化、制度化及正确的导向作用,并应构建社会心理疏导机制。法治建设、依法治国的核心是依法行政,依法行政对政府职能的转变、对政府行为方式的约束方面的影响是显而易见的,政府权力的行使必须符合法律规定的实质性、程序性内容和目的,一切政府职能必须在法律的框架内实现,从而清楚、严格地界定了法与权的关系。舆情汇集分析机制、治安联动机制

① 方颌琳,女,西南政法大学2008级宪法与行政法硕士研究生。

从制度层面对政府职能提出了具体的要求。社会治理结构的优化集中，突出地展现了政府职能的转变，其开宗明义地提出了政府应扮演的角色——服务型政府、参与型政府，而政府信息公开机制因建设“阳光政府”的需要而成为服务型政府的题中之义。服务型政府要求政府转变职能，具体体现在需要其改革财政管理体制，完善听证制度与信访制度，建立健全社会保障机制，构建政府、市场、非政府组织、公民共存共决的多元治理结构等层面上。

作为一位行政法学者，作者以对“我们为什么需要一个政府？我们需要一个什么样的政府？”这一长期追问的回答构建了群发性事件的防范机制。掩卷而思，我们似乎不应止于群发性事件的具体防范机制而更应感悟到这并不是作者思考的终结，对群发性事件的关注与研究背后、对政府职能进行思考的同时蕴含着作者对更大的社会问题的关注，彰显着其关注民生的深深的情怀！而我们如何能够在行政法制领域实现“以人为本”？这实际上是整部著作最终所要回答的问题。

作为理念的“以人为本”源远流长，无论是在中国古代还是在西方都有类似的表述。早在春秋时期管仲就明确指出：“夫霸王之所始也，以人为本。”另一本古籍说：“民为邦本，本固邦宁。”西方在文艺复兴时期提出了一个非常重要的口号——“我是一个人”，并以人文主义作为文艺复兴的指导思想，而在西方法学史上人文主义法学派的产生也具有重大意义。当然中国现代所提倡的“以人为本”与中国古代的“以人为本”、西方的人文主义观是有本质区别的，其意指的“人”既非古代的“载舟之水”，又非西方的抽象的人。“以人为本”体现在法律中，即人是法律的逻辑起点，法律源于人、行于人、服务于人，离开了人，法律既无存在的可能也无存在的必要，具体落实到行政法中意味着行政权力的配置和运行只有在确保实现人的尊严和生存价值的前提下才有其存在的意义和真实价值，也即对公共行政、服务行政和公众参与的强调。

“以人为本”蕴涵的公共行政、服务行政和公众参与理念须通过一定的载体来实现，这个载体就是治理与善治理论。在经济全球化与政治民主化的进程中，人类的政治生活发生了重大的变革，其中最引人注目的也是推动政府职能发生巨大转变的变化是：人类政治过程的重心正从统治（government）走向治理（governance），从善政（good government）走向善治（good governance），从政府的统治走向没有政府的治理，从民族国家的政府统治走向全球治理。治理一词的基本含义是指，官方的或民间的公共管理组织在一个既定的范围内适用公共权力或维持秩序，满足公众的需求增进公共福利。治理与统治的区别主要体现在四个方面：治理的权威不一定是政府机关，统治的权威必定是政府；统治的权力运行方向是运用政府权威的自上而下式，治理则是上下互动的管理过程；统治仅限于民族国家范围，治理则可超越民族国家界限；统治的权威主要源于政府的法规命令，治理的权威则主要源于公民的认同和共识。统治向治理的转变说明人们在社会资源的配置中既看到了市场的失效又看到了国家的失效，然而在认清市场与国

家在社会资源的配置中都可能失败的基础上发展出的治理理论也不是万能的，它同样存在失效的可能性，公民的参与为如何克服治理的失败，如何使治理能够更加有效，提供了一条解决之道并以其为中心发展出了善治理论。善治就是使公共利益最大化的社会管理过程，其本质特征就在于它是政府与公民对公共生活的合作管理，是政治国家与市民社会的一种新颖关系，是两者的最佳状态。有学者将善治的基本要素归纳为合法性、法治、透明性、责任性、回应、有效、参与、稳定、廉洁、公正 10 个方面，而依法行政、公民与政府的互动、责任制度正是服务行政的内涵，可见善治理论充分体现了公共行政、服务行政和公众参与的品质，实现了“以人为本”与行政法的完美融合。善治理论也对政府职能提出了具体的要求，明确了在“以人为本”理念的指导下“我们需要一个什么样的政府”这一问题的答案。正如作者在书中所说：“我们正在建设的法治事业是一项全新的事业，我国社会从未像今天一样如此迫切地需要在理论上给予一种指导，因为我们征程的目标是走向善治和法治，群发性事件是摆在我们面前的一道难题，考验着我们实现目标的决心、勇气和能力。”在这里，善治既作为一种理论存在又是我们孜孜以求的目标所在，相应地，“以人为本”既是作者所持的防范群发性事件的利剑又是其研究与思考的出发点与归宿。群发性事件防范机制中的服务型政府与参与型政府的构建正是善治理论旨在实现的状态，换言之，期望通过善治政府的构建在行政法领域切实实现“以人为本”，这或许是对作者试图通过这部著作向我们传达的信息的最贴切的解读。

可以说对群发性事件的关注与研究本身都可窥见作者“以人为本”的理念。从书中可看出，劳资纠纷、土地征用纠纷、房屋拆迁纠纷、环境污染纠纷都是群发性事件的导火索，而这些纠纷中的一方无疑是社会的弱势群体，对群发性事件的关注意味着对弱势群体的关注。

“以人为本”理念同样体现在法学研究方法中，书阁中的法律已不再如实证主义盛行的 19 世纪那么风光无限，法律回应社会需求的程度、法律与社会的互动度已成为评判法律制度是否为良法的一个重要尺度。充分尊重其受众的制度才是“以人为本”的制度，“以人为本”法律观的人性论是开放的、发展的理论，它尊重经验、传统和普通人的生活习惯，主张从人们的生活细节中去寻觅人性的碎片，作者进行的多次社会调查涉及了各种多发性的群发性事件，这不仅使我们感受到其作为一名学者的责任心，而且保证了其研究成果的社会性与科学性。从简单的“群众闹事”到充分挖掘其成因与背景下对群发性事件的中性的法律定义这一认识上的革新，以及在对群发性事件正确定位后旨在实现的“在法治的指向下增加制度各参与方之间行为的理性程度”的目标，都充分彰显了作者的人文关怀，因为此目标又透露着其对人的理性的肯定。“以人为本”的人不仅包括占有丰富资源的优势群体更包括弱势群体，对弱势群体给予更大的关怀照顾是一个真正公平的社会应当具备的。当我们捧着书稿分享作者的思考成果时总能深深体会

到其对弱势群体的忧虑，并通过将社会转型给农民阶层与工人带来的冲击纳入研究视野，以如何减弱对他们的冲击为一维设计具体制度来继续践行其对弱势群体的更有力的关怀照顾。多视角的分析方法更是这部著作大放异彩之处，也是人文关怀在研究方法上的缩影，人是社会中的人，从不同角度分析群发性事件充分考虑了人的社会性与多面性、异质性。著作从传统文化视角、社会学视角、社会心理学视角、社会主义法治和民主政治视角、公共行政视角解读群发性事件，发掘群发性事件的产生原因，力求使读者对群发性事件有一个更加全面的认识。多角度诠释为长期与短期纬度相结合的多层次防范机制提供了认识基础和分析本源，也使著作立意更深，视野更广。

“法学到底有什么用？”，这是一个原初而又重要的问题。人性理论是进行制度建构的基础，人性理论的分歧会导致对法律功能的不同认识以及法律作用的不同效果，但不管怎样，对公民个人以及社会全体来说，其主要的目的在于谋取优质的生活，这从亚里士多德在《政治学》中的论述就能看出。“以人为本”可谓群发性事件防范机制的精髓所在，也是防范群发性事件的一剂良方。但是中国自古以来就有国家本位、公权力本位的传统，所以在这种情况下要实现人本化的发展必然会面临非常艰难的困境，不仅如此，思想和理论层面的“以人为本”只有转换为法律层面、制度层面甚至社会生活层面的“以人为本”才具有意义，而如何将“以人为本”的思想转换为“以人为本”的制度甚至“以人为本”的生活，这是一个更加艰难且漫长的过程。法学在此过程中既扮演了理论上的利器又扮演了制度保障上的坚强后盾。通过确立理性的群发性事件的治理方略实现政治参与上的“有序扩大”，以落实宪法彰显的“人民之权力”，在制度层面和生活层面真正做到“以人为本”，这应该是作者在群发性事件防范机制背后追求的一个更为高远的目标，纵然任重道远，但这一追求与努力是值得尊重的。作者在“以人为本”的情怀下对群发性事件进行的极有意义的探索带给我们的是无尽的思考和深远的启示：“你需要这样行为——无论是自己还是别人，永远把每个人都看做他自己的目的，永远也不要把他只作为达到你目的的手段。”康德的道德律令人振聋发聩，鼓舞我们对人生这个永恒的命题不尽地追寻。今天，老师用自己的研究和行动为我诠释了上面的话，我想我真的收获了许多。

目 录

自序

序言

导论	1
一、涉及群发性事件研究的相关理论阐释	1
二、社会转型时期的群发性事件	11
第一章 群发性事件防范机制概述	21
一、“群发性事件”概念的研究目的	21
二、“群发性事件”语词形态的变迁分析	22
三、“群发性事件”的时代背景分析	23
四、作为法律概念的“群发性事件”	28
五、群发性事件防范机制的时间纬度	39
第二章 国外群发性事件研究及借鉴	41
一、国外群发性事件研究方法和经典理论	41
二、群发性事件的观察视角及其中的核心影响因素	47
三、防范群发性事件域外经验的借鉴	59
第三章 多视角下的群发性事件	63
一、中国传统文化视角下的群发性事件	63
二、社会学视角下的群发性事件	70
三、社会心理学视角下的群发性事件	76
四、社会主义法治和民主政治视角下的群发性事件	83
五、公共行政视角下的群发性事件	92
第四章 长期纬度中的群发性事件防范机制	100
一、社会治理结构的优化	100
二、以公民道德建设促进群发性事件防范机制的构建	114
三、以法治建设促进群发性事件防范机制的构建	131
第五章 短期纬度中的防范机制	143
一、舆情汇集分析机制	143
二、政府信息公开机制	153
三、治安联动机制	168
后记	176

导 论

2008 年是中国改革开放 30 周年,也是中国转型变革极为关键的一年。30 年来,为了民族生存、国家富强和人民小康,中国先后推出了四大改革试验,这就是以“珠三角”为先导的经济体制改革试验,以上海浦东新区为代表的行政体制改革试验,以“渝成经济区”为主要载体的统筹城乡改革试验,以湘鄂城市群为主要载体的两型社会改革试验。这四大改革试验中,经济体制改革试验确实找到了一条促进经济高速增长的成功路径,实现了经济连续 30 年的高速增长且成绩卓著。但行政体制改革试验、统筹城乡改革试验和两型社会改革试验却遭遇了前所未有的体制性障碍和极为复杂的制度性壁垒,至今仍无法找到改革试验的突破口,甚至找不到改革试验的切入点,这就要求我们从更深层次来思考中国经济社会的转型和把握各级政府运行的变革。^①就本书关注的群发性事件而言,社会转型期群发性事件的高发,部分原因就在于政府治理方式已经与社会的发展变迁非常不相适应,因此从政府治理的角度来看,由传统人治政府向法治政府的转变已是当下中国社会体制变革的重要任务。

一、涉及群发性事件研究的相关理论阐释

任何一项科学合理的分析论证都需要有理论前提,否则就会显得肤浅且缺乏根基。因此,首先有必要对与法治政府有关的理论进行阐释,从而为我们关注的群发性事件的研究提供必要的分析框架和基调。

(一) 关于社会转型

任何事物都只是当时社会背景的宏大叙事中的一幕,它的产生、发展、消失都离不开特定的社会背景。寻求在社会发展背景中表述和阐明公法问题是一项历史悠久的活动。^②社会转型作为我们分析法治政府以及群发性事件的特定环境是本书首先要交代的内容。正因为当今中国正处于社会转型过程中,我们才会遇到以前没有解读过的难题。

所谓“型”,指的是事物相对稳定的结构,“转型”就是事物结构的方向性、全面性、根本性转变。社会转型就是社会结构的转变,意味着社会系统内在结构的变迁,意味着人们的生产方式、生活方式、心理结构、价值观念等各方面全面

^① 本书编写组:《行政执法实用教程》,法律出版社,2009 年,第 2 页。

^② [美] 卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆,2004 年,第 31 页。

而深刻的革命性变革。学界对于社会转型有很多种观点,^① 这些观点虽有分歧但大部分都指明了社会转型的关键点即传统社会向现代社会的转型。传统与现代都是融合了社会中各种错综复杂的因素互相作用而构成的有机整体。因此社会转型必然是全面且深入的。“现代化是一个多层面的进程,它涉及人类思想和行为所有领域里的变革。”^② 笔者在此提炼出最能代表中国转型的几个要素来进行说明。

1. 计划经济向市场经济转型

中国经济是以 1978 年改革开放为起点的由计划经济向市场经济转型的进程,其核心为国家与市场的关系。从国家权力经济向个人权利经济的转变,强调市场主体的独立地位、市场主体的个人自由、市场主体的个人权利、市场主体之间的平等地位以及市场主体之间的交易按照既定规则进行。企业不再完全依附于国家,而是转变成了独立的市场主体,政府需要转变职能,不再干预企业的生产经营活动,其对于经济的作用只限于维持正常而公平的经济秩序。在这个过程中必然存在着理念转变的阻力以及国家权力与公民权利之间的矛盾。同时,在国企改革中产生的大量下岗人员就业问题和社会保障问题等都是转型过程中必须面对的难题。

2. 乡村社会向城镇社会转型

作为社会转型重要线索的乡村社会向城镇社会转型,其实质就是城市化进程的加快。城市化是人类发展的必经阶段,其程度是衡量一个国家和地区经济、社会、文化、科技水平的重要标志。城市化是“人类生产与生活方式由农村型向城市型转化的历史过程,主要表现为农村人口转化为城市人口及城市不断发展完善的过程”。^③ 城市化包括城镇数量的增加和城镇规模的扩大;农村人口向城镇的转移、流动和集聚;城镇经济在国民经济中居主导地位并成为社会前进的主要动力;城市的经济关系和生活方式广泛地渗透到农村的这样一种持续发展的过程。截至 2006 年,全国城市共 661 个,城镇人口 57 706 万,占全国总人口比重为 43.9%,城市化水平比 2002 年提高了 4.8%,年均提高 1.2%。^④ 然而城市化进程中显现的矛盾也不容忽视:失地农民问题、农民工问题、户籍制度、社会保障等一系列矛盾已经成为社会转型时期的热点,也是群发性事件的高发领域。

① 在“我们该怎样看待社会转型”一文中,作者郭德宏列举了九种观点。参见《北京日报》2003 年 2 月 24 日。

② [美] 塞缪尔·亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,李盛平、杨玉生等译,华夏出版社,1998 年,第 30 页。

③ 《中华人民共和国国家标准城市规划术语》。

④ 载 http://cn.chinagate.cn/hotissues/2007-09/27/content_8959638.htm, 访问时间:2008 年 5 月 1 日。

3. 伦理社会向法治社会转型

社会转型也要求社会治理模式的改变。中国传统社会尊崇儒家思想,强调“德主刑辅”,社会秩序主要依靠人内在的道德伦理上的自律意识和外在的礼仪来维持。虽然各朝代均有法律规定,但法律与礼乐道德是互为表里的,道德伦理是法律的依据和背景,而法律则是道德伦理的保证或延伸,法律的制定必须遵循儒家纲常伦理。而现代社会是法治社会,其复杂性及快速发展性决定了必须以法律为主要的治理方式。这样的转型同时要求政府和公民依法办事。这其中必然存在法律与民间自发规则的冲突,被法律处罚的“山杠爷”就是一个生动的例证。

社会转型在多重压力下艰难地进行着,但中国社会也正呈现出前所未有的发展活力,故矛盾较量中必然释放出巨大的能量。这个过程伟大而激荡,正如亨廷顿所说:“现代性孕育着稳定,而现代化过程却滋生着动乱。”^①

(二) 关于法治政府

面对社会转型期复杂交错的矛盾,我们的政府也需要理念和制度的更新以适应社会变迁的步伐,构建法治政府应当是适应社会变迁的正确选择。这可从法治政府的以下几个表征看出。

1. 法治政府是民主的政府

政府权威的正当性来源于被统治者的同意,缺乏深厚民主根基的政府必然不会长久。政府遵守代表民意的宪法和法律就是按照广大人民的意志和意愿来进行社会公共管理,正如温家宝总理所讲:“我们的政府是人民的政府,一切为了人民是政府工作的根本出发点和归宿。”行政民主要求行政机关与行政相对人之间实现沟通和互动,行政机关应当为行政相对人参与行政管理过程提供更多机会以减少双方的隔阂和矛盾。一方面这是保证民众的知情权、监督权和重大决策的参与权的需要;另一方面充分沟通和对话能够使政府决策更公正地考虑所有当事人的利益诉求,从而保证决策的科学性和可接受性。目前我国政府的民主建设需要注重以下几点:行政立法过程的座谈会、论证会;行政执法过程中的听证会和当事人陈述事实、申辩理由;行政相对人评议行政机关与行政首长,采取具有协商性和可选择性的行政合同、行政指导等柔性、灵活的方式实施行政管理等。

2. 法治政府是具备服务意识的政府

早在19世纪,狄骥就认为公共服务的观念已经代替了主权概念而成为现代公法的基础。服务型政府既是人民政府的本质要求也是完善社会主义市场经济体制的迫切需要。行政公务人员应当树立服务意识,改进管理方式,顺应由管制行政、命令行政转向服务行政、指导行政这一时代潮流,积极地向行政相对人提供

^① [美] 塞缪尔·亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,李盛平、杨玉生等译,华夏出版社,1998年,第38页。

信息、政策、专业技术等方面的指导帮助以及各种公共服务。服务型政府同样也是建立在法律基础之上并切实履行法律义务的政府。政府服务的内容、方式以及因服务而产生的相应责任都是由法律明文规定的，政府不能随意为之，尽管其可能有善意的初衷。

3. 法治政府是诚信的政府

古人云：“人无信不立，业无信不兴。”法治政府要求政府做到诚实守信、信守承诺，政府与公民关系由紧张对峙走向良性互动，由猜疑对抗走向信任合作。一个诚实守信的政府是社会信用体系的基石，政府的诚信在很大程度上决定着政府的公信力，而政府公信力的提升又推动了群众对政策的认同和接受，从而促进政策和措施的有效执行。这就要求政府所公开披露的行政信息应当真实完整，不能采用欺上瞒下的方式欺骗公众，政府应当言而有信，政令不可朝令夕改。《行政许可法》第8条确认的“信赖保护原则”就是诚信政府的具体体现。

4. 法治政府是能负责任的政府

在法治的传统下，权力与责任历来是不可分割的。法治政府意味着政府对权力行使的后果负责，如果行政机关及其工作人员违法却不承担责任就会助长行政权力的恣意而陷整个社会于责任危机中，并最终危及政府的存在。政府接受人民的委托行使管理社会公共事务的权力，在行使权力的过程中政府必须对人民负责，必须回应社会和人民的正当要求并积极采取行动给予满足，必须承担相应的政治责任、道德责任、行政责任、诉讼责任和赔偿责任。我国的行政监察、行政复议、行政诉讼、行政赔偿等一系列制度安排都体现了对责任政府的追求。

5. 法治政府是高效的政府

快速发展的现代社会中复杂的公共事务必然要求法治政府是高效的政府。高效政府是指政府在履行行政责任的过程中，在注重社会公平的基础上能够积极回应公众要求，以相同或更少的资源取得公共产出的最大化。效率和成本也是考量政府的重要因素。高效政府的建设要求改革行政体制、吸收科学的管理工具、完善监督制度、提高决策的科学性等等。

综上分析，法治政府与中国社会转型相适应是时代对政府提出的新要求，只有这样的政府才能应对机遇与冲突并存的社会转型。自2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》首次提出构建“法治政府”以来，政府的改革就一直围绕着这一目标向前推进。

（三）关于行政权与依法行政

1. 行政权

行政权无疑是法治政府的核心范畴，研究法治政府的构建必须厘清行政权的内涵。行政权与立法权、司法权相对应，是指由国家宪法、法律赋予行政主体实施国家行政职能的权力，是行政机关及其授权组织为实现公共目的、维护公共利

益而确定政策、执行法律规范等所享有的各种权力的总称。对行政权实质的理解应当强调以下两点。

第一，行政权与公民权利的辩证关系。这是政府治理的基本问题或基本矛盾。行政权就其实质和根源来讲源于人民主权和公民权利，“人民是一切权力的唯一源泉”和“原始权威”。^①行政权不过是公民权利在行政领域的集中化、强烈化、权威化及公共化而已。源于公民权利的行政权要受到公民权利的制约，而它产生和运行的最终目的也是为了保障和实现公民权利和人民利益，增进公众福利。

第二，行政权是一种有限的使用权，也是一种必须受到制约的权力。如果借鉴民法学的物权理论将行政权视为一种无形物权的话，可以看到行政权的所有权与使用权是可以分离的。行政权力的真正归属主体是人民，人民为了便于通过公共权威维护、保障自身利益并最大限度地发挥其效能而让渡了行政权的使用权。然而由于人民让渡的只是部分权力的使用权，所以行政权是有限的。行政权自身的扩张性决定了其容易被滥用，因此，人民在让渡权力时有着深深的担忧和警觉，依民意制定的宪法、法律便是人民让渡其使用权和制约权力正确行使的依据。行政权必须合法享有和依法行使。总之，“全部行政活动都必须以法律为基准，这是近代法治国家的前提”。^②

2. 依法行政核心要义分析

依法行政所要解决的根本问题是政府与人民、行政权与法律、行政机关与权力机关的关系，其目标指向是实现行政法治或法治行政（即建立法治政府）。其核心要义包括以下四点。

第一，政府的权力必须来自于法律的授予。即行政主体必须合法，其产生和活动的整个过程（包括行政机关的性质、组成、职权、职责、活动方式以及成立、变更和撤销的程序；公务员的录用、选拔、任免、升降、奖惩、待遇等）都必须依据法律的规定和法定的程序，这是依法行政的基本前提。

第二，政府必须严格遵守法律。政府依照法定职权作出行政行为时应当严格按照法律规定和法定程序进行，行使行政自由裁量权时也必须符合法律规定的原则、范围和幅度。

第三，违法的政府行为必须承担责任。权责统一要求违法行政必须承担相应的法律责任，这样做一方面是为了对相对人受损的利益进行弥补，另一方面是为了指导和规范行政行为。

第四，越权的政府行为是无效的行为。“越权无效”已是各国行政法普遍认同的行政法基本原则，其基本含义是行政机关必须在法定权限范围内活动，一切

① [美] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆，1982年，第257页。

② [日] 和田英夫：《现代行政法》，倪建民译，中国广播电视出版社，1993年，第21页。

超越职权范围的政府行为无效。

(四) 关于“法治”与“人治”

法治与人治同为治国方略，早在古希腊就开始了这二者之间的争论。古希腊思想家柏拉图认为法律是仅次于“哲学王”的第二等好的选择。亚里士多德也认为，法律“不凭任何感情因素治事”，即使是最聪明的人统治都没能达到法律般的不偏不倚，并提出了“法治优于一人之治”的著名论断。在中国从近代西学东渐至今一直进行着传统人治向法治转化的艰难历程，梁启超曾断言，“法治主义是今日救时之唯一主义”。在此笔者以自己的视角对二者的优劣作一个简略的分析。

1. 关于法治与人治终极目标的分析

法治和人治在秩序和自由的选择中分别体现着不同的价值倾向。我国传统法制重秩序、轻自由，重打击、轻保护，很多情况下是疑罪从有、息事宁人和重打击犯罪、轻保护无辜。“宁枉不纵”的传统思想体现出国家更多考虑的是罪犯得不到惩处就会继续为恶从而危害社会秩序，有损国家控制社会的有效性和权威性。而西方法治传统认为自由是法律的灵魂，“法律的目的不是废除和限制自由，而是保护和扩大自由”。在这样的法治观念下，人权保障便成为核心理念，个人的权益得到法律的优先保护，国家不得以保护社会或者整体利益的名义对个人利益进行任意的剥夺。

2. “法治”与“人治”的分水岭——正当法律程序

正当法律程序是人治和法治的分水岭，是防止专横和权力滥用的屏障，公正合理的法律程序是中国法治现代化的基石。在人治传统下，官员以自己的经验判断做出决定而无需遵守太多程序规则，因此人治是“重判断、轻分析，重结果、轻过程，重实体、轻程序”。而法治的传统强调“正当程序”，认为“坚持程序保障并非只具有技术意义，程序的公正与合法是自由必不可少的构成要素”，“实体不公或许只是个案正义的泯灭，而程序不公则是制度正义性的丧失。”^① 因此违反正当程序的行为就被认为是违反了文明社会的核心和灵魂，从而会对自由与人权构成威胁。

正当程序对于法治的意义不仅仅在于其本身的公开性和可控制性，同时公正合理的程序也最大限度地保障了实体正义。“当今法治社会，就是一个讲究规则、重视规则的社会，换言之，是一个程序的社会。程序应被置于至高的地位，拥有其独立的法律价值。一部美国行政法俨然就是一部程序法，其中的程序公正原则为法律人所尽知。而英国的自然公正原则则影响了人类文明的发展。”可见正当程序是法治不可缺少的因素，甚至可以简单归纳为，按正当程序办事就是法治，

^① 徐显明：“程序公平：司法公正的逻辑起点”，《法制日报》，1999年10月7日。

不按正当程序办事就是人治。

3. 经济分析的视角

将经济分析引入法学领域已经是一种比较成熟的分析制度和收益的方法。作为一种治国方略，“法治可能不是最好，但它绝对可以防止最坏。”正如丘吉尔所言，他是“退而求其次”的最佳选择（second best），因为和其他治国方式相比，它通过公正程序把滥用权力，偏离公共利益的可能性降至最小。^①法治并不是最好的治国模式，它自身也有缺陷，但却可以克服人治的弊端，防止最坏的暴政专制，无论是对于国家还是个人都有助于实现理性选择中的利益最大化。

其一，稳定性和统一性方面。人治社会中充满了斗争和不稳定因素，而法治社会却可以保持持续稳定的社会和谐。人治把国家命运、国家的安定与繁荣、百姓的安康与幸福系于个人的贤明与好恶，一旦出现专制、独裁、愚昧、暴政则必然造成社会动乱和衰败。治国者总会有喜怒哀乐情绪之变，因此必然影响治国规则的稳定和统一。完全仰仗某一个人的体制是最简单的体制也是最不稳定的。亚里士多德指出，暴君专制实际上都是“短命的”。^②而法治以理性为基础，“法律不含感情因素”，它有着更强的行为预期性、确定性和稳定性，人们可以依此指导自己的行为从而控制行为的成本和收益，实现利益最大化。

其二，公平性方面。潘恩曾指出，在人治社会，国王就是法律，在法治社会，法律就是国王。人治条件下的君主和官吏享有凌驾于法律之上的特权，因此没有统一的评判社会主体行为的标准，同样行为和同样的事情不能给予同样对待，使社会各领域各层面充满了不公平从而使社会关系处于矛盾和冲突之中。上访队伍剧增，讨回公道路漫长。而法治的精神就是人人平等，社会成员普遍遵守着同样的法律从而缓解了矛盾，减少了冲突，国家因此也减轻了负担。另外法治以其明确的规则性减少官吏腐败，为国家治理节约成本。

（五）宪政之核心要义

宪政是法治政府的根基所在，正如奥托·迈耶所言：“宪政国是行政法的前提。”^③探讨法治政府、依法行政等问题首先需要了解宪政的核心要义。

西方宪政观念源自早期“设防”的学说，其哲学基础是对任何掌权者的怀疑和猜忌以及公民权利的脆弱性。宪政是一种为了保障公民基本权利，将政府权力的行使纳入宪法轨道并受宪法制约的理念或理想状态。美国著名宪法学者 C. H. 麦基文说：“真正的宪政，其最古老、最坚固、最持久的本质，仍然跟最初一样，是法律对政府的限制。”宪政之要义就在于权力控制和人权关怀。

① 张千帆、赵军、黄建军：《比较行政法》，法律出版社，2008年，第42页。

② [美] 塞缪尔·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，李盛平、杨玉生译，华夏出版社，1998年，第38页。

③ [德] 奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆，2002年，第2页。