

公务员

吉龙华◎著

依法行政能力建设

GONGWUYUAN
YIFAXINGZHENG NENGLIJIAN SHE

国家行政学院出版社

公务员依法行政能力建设

吉龙华 著

国家行政学院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公务员依法行政能力建设/吉龙华著. —北京: 国家行政学院出版社, 2005.9

ISBN 7 - 80140 - 430 - 0

I. 公… II. 吉… III. 行政执法—中国—公务员—自学参考资料 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 106350 号

书 名 公务员依法行政能力建设
作 者 吉龙华

责任编辑 聂笃克

出版发行 国家行政学院出版社
(北京市海淀区长春桥路 6 号 100089)

电 话 (010)68920640 68929037

经 销 新华书店

印 刷 北京市北七家印刷厂

版 次 2005 年 9 月第 1 版

印 次 2005 年 9 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1230 毫米 32 开本

印 张 8.5

字 数 213 千字

书 号 ISBN 7 - 80140 - 430 - 0/D·197

定 价 18.00 元

序

“天下之事，不难于立法，而难于法之必行”。在现代社会，行政权正日益广泛而深刻地影响着人们的生活。从生老病死到衣食住行，行政权的触角遍及于人们生活的方方面面。因而“法之必行”的关键在于行政机关依法行政。公务员的社会地位和职业特点决定了公务员必须学法、知法，严格执法，这对于落实依法治国基本方略具有重要意义。公务员作为行政机关的组成要素，本身不是行政机关，不具有独立法律人格，但行政机关的职权是通过公务员实施的。公务员担负着改革开放和现代化建设的规划、组织和实施的重要责任，新形势和任务对公务员能力建设提出多方面的要求。公务员依法行政能力的强弱直接决定行政机关依法行政的水平。

国务院《全面推进依法行政实施纲要》指出：“各级人民政府及其工作部门的领导干部要带头学习和掌握宪法、法律和法规的规定，不断增强法律意识，提高法律素养，提高依法行政的能力和水平”。公务员不仅要有较高的政治和业务素质，还要有较高的法律素质，无论是进行决策还是实施管理，都必须按照法律法规行使权力，合法有效地运用权力。特别是随着改革开放的深入发展和市场经济的不断完善，法律已经成为国家政治生活、社会生活和公务活动的重要内容，依法行政已经成为行政机关工作的主要任务之一。公务员只有坚持依法行政，才能适应社会发展对公务员职位的要求和政府工作的需要。

改革开放以来，我国的行政法治建设取得了很大成绩，“依法行政”的观念不断深入人心并逐渐成为人们的共识。然而，当前的依法行政工作还存在不少问题，特别是公务员依法行政的观念和依法

行政能力仍然是影响行政机关依法行政水平的制约因素。这就要求公务员特别是行政机关的领导干部长期不懈地加强学习,增强法制观念,树立依法行政的正确态度,提高依法行政的能力和水平。

吉龙华同志撰写的《公务员依法行政能力建设》一书,贴近行政机关和社会公众的工作、生活实际,理论性和实务性兼备。在我看来,这本书至少有以下几个方面的特点:

1. 系统而不失精炼。该书共计八章,从公务员的法律意识和依法行政的观念,到公务员依法行政能力的保障,涉及到依法行政能力建设所体现的各个环节,体现了理论的系统性;但该书又根据当前经济社会的发展和对政府管理创新和职能转变的要求,突出了公务员依法行政能力依据、运用和创新等问题,能够适应公务员对新知识、新观点兼收并蓄的需要。

2. 生动而不失严谨。这是该书的一大亮点。各章的标题采用的是人们生活中的语言来归纳书中内容的理论观点,一看就能吸引读者的眼球;内容则是深入浅出,将复杂的理论问题简明化、通俗化,有一读就“不忍罢手”的愿望,但读后陷入的是更为深刻的思考,因为提出的是公务员依法行政中严肃的理论和现实问题。

3. 务实而不失深刻。该书收录了很多读者熟悉和不熟悉、典型和不典型的案件和事例,作者站在一个学者和公民的立场上,善于积小步为大步,通过多些案例和事例的剖析,使人们感到国家法治建设和公务员依法行政能力建设的必要性和紧迫性。

《公务员依法行政能力建设》一书是吉龙华同志从自己独特的视角对“依法行政能力建设”这一时代要求的鲜明主题的解读,积淀了其自身的思想和情怀。相信这本书的出版能够为广大读者、尤其是公务员了解行政法的相关知识、提高依法行政的水平和能力提供有益的帮助。

云南行政学院法学教研部 安树昆

2005年8月14日于昆明

目 录

序	
第一章 谁约束我们	
——公务员的法意识	(1)
§ 秩序:作为存在的状态	(1)
◆秩序的普遍性	(1)
◆何以遵守规则	(2)
§ 法律的故事	(3)
◆法律规则	(3)
◆法律能做什么	(5)
§ 人:天使还是魔鬼	(9)
◆人性的善恶	(9)
◆人性的不可靠	(10)
§ 国家:社会不得不制造的武器	(12)
◆国家:从何而来	(12)
◆社会契约——必要的幻想	(14)
§ 主人还是仆人:谁掌权	(15)
◆权力的秉性	(15)
◆权力的所有与占有	(16)
§ 法治:强国之路	(19)
◆过去的梦想:圣贤之治	(19)
◆现在的出路:良法之治	(21)

第二章 谁让我们依法行政

——公务员依法行政的观念	(32)
§ “利维坦”:政府的天性	(32)
◆政府庞大的权力	(32)
◆权力总是倾向增加权力	(34)
§ 怎么办:宪法作为根本法	(35)
◆分配权力	(35)
◆确认权利	(36)
§ 行政法的逻辑:权力的合法与合理行使	(38)
◆权力的合法性	(38)
◆权力的合理性	(41)
§ 资格:不是哪个都有	(43)
◆行政管理者资格的取得	(43)
◆这种资格有什么用	(47)
§ 身份:不是天生的	(49)
◆公务员身份的获得	(49)
◆两种身份两种行为	(52)
§ 职权与职责:公务员的权力	(55)
◆职权法定	(55)
◆不渎职:正当行使权力	(56)
§ 权利的维护	(60)
◆法律不仅仅是手段	(60)
◆执法为民	(63)

第三章 依法行政之“法”

——依法行政能力的依据	(68)
§ 谁是统治者——人民的立法	(68)
◆立法权	(68)
◆“无法律即无行政”	(70)

§ “自己给自己立法”:行政法规、规章	(72)
◆行政机关的立法权	(72)
◆如何约束自己	(73)
§ 政策还不可少	(77)
◆政策是什么	(77)
◆政策与法律的协调	(79)
§ 法的“等级”	(81)
◆宪法的效力	(81)
◆法律优先、法律保留	(84)
§ 程序之“法”	(86)
◆程序观	(86)
◆程序之功用	(90)
§ 大家都要受约束	(92)
◆行政行为的作出	(92)
◆行政行为的效力	(93)
§ 政府间的游戏规则	(95)
◆WTO 的效力	(95)
◆树立什么样的理念	(98)

第四章 把握依法行政的途径

——依法行政能力的运用	(102)
§ 权利不是你赐给的	(102)
◆行政给付	(103)
◆行政许可	(106)
§ 权力要慎用	(114)
◆行政处罚	(114)
◆行政强制	(121)
◆行政征收、征用	(126)
§ 当你是司法官的时候	(130)

◆行政调解	(130)
◆行政裁决	(135)
§ 欲速则不达	(137)
◆牢记办事的程序	(137)
◆不要忘掉目的	(139)
第五章 创新依法行政的手段	
——依法行政能力的改进	(143)
§ 尊重老百姓的意愿	(143)
◆行政合同的运用	(143)
◆合同要信守	(149)
§ 不要强迫	(152)
◆行政指导的实施	(152)
◆名副其实	(157)
§ 兼听则明	(159)
◆听证	(159)
◆“听”到什么	(163)
§ 让大家都参与	(165)
◆“阳光下”的政府	(165)
◆参与的利弊	(167)
第六章 还需要什么	
——依法行政能力的提高	(174)
§ 学习也是工作	(174)
◆怎么学法	(174)
◆在实践中学习	(176)
§ 努力提高的能力	(179)
◆依法决策的能力	(179)
◆依法应急的能力	(190)
◆如何服务	(197)

第七章 形象塑造

——依法行政能力之德	(201)
§ 公仆形象的维护	(201)
◆ 管人先做人	(201)
◆ 大家都要讲文明	(208)
§ 守法之责	(209)
◆ 好动机未必有好结果	(209)
◆ 法不容情	(212)
§ 守信之德	(214)
◆ 取信于民	(214)
◆ 守信之责	(215)
§ 护法之勇气	(219)
◆ 心底无私天地宽	(219)
◆ 严格执法	(222)

第八章 有人监督有什么不好

——依法行政能力的保障	(228)
§ 责任要承担	(228)
◆ 什么责任	(228)
◆ “问责风暴”	(232)
◆ 赔偿与补偿之责	(236)
§ 人非圣贤	(240)
◆ 让大家都来监督	(240)
◆ 怎么监督自己	(245)
◆ “审计风暴”	(247)
§ 当被告也是学习	(251)
◆ 司法何以需要权威	(251)
◆ 角色转换也需要勇气	(255)
后记	(263)

第一章 谁约束我们

——公务员的法意识

§ 秩序:作为存在的状态

◆ 秩序的普遍性

我们只要稍加观察,就会发现:天上人间,大千世界,秩序存在的普遍性。人类社会发展到今天,技术手段的发达能够使我们坐在家里就能直观地看到大千世界的面貌,在电视里我们能够看到飞船上天,看到伊拉克的战争,看到美国的“9·11”恐怖袭击,看到海底五彩缤纷的生物世界……,我们既能看到战火纷飞和混乱,也能看到友好与和谐。总的来讲,和谐多于混乱,秩序多于无序。我们从电视《动物世界》中看到,作为有生命的动物,虽然没有人类的道德情感,虽然它们为了食物而相互厮杀,但它们又相互依赖。一只老虎在饥饿时会去捕吃其他野兽,但它的欲望仅仅以吃饱为限,它既不会在某种欲望支配下“滥杀无辜”,也不会为了“囤积钱财”去把所有动物捕杀。还有,个别动物在远离其兽穴时,往往不愿与其他动物争斗,结果,当两个动物在某个中间地带相遇时,其中的一只野兽通常会在没有进行真正的力量争斗之前就跑开,因为它们清楚地知道这个地方不是自己的“领地”,也不应当轻易地跑到“别人的”地盘上去,这就是秩序。同样,整个宇宙都存在着某种秩序。人类对自然的控制,就是以一些确定的而且常常是可以用

数量方法进行计算为前提的,我们在进行修路造桥、制造汽车、火车、飞机等工作时,就是以对自然规律的把握为依据的。可以说,秩序就是事物本身的存在状态,否定秩序就是否定自己的存在。

如同自然界一样,秩序在人类生活中也起着极为重要的作用。大多数人在安排他们自己的生活时,都不免受到习惯的影响,在一定的时间起床、吃早点,然后上班;有的人不抽烟就写不出东西来;有的人喜欢晚上工作、思考;有的人喜欢某种食物……,在某种程度上人们更多的是依习惯行事。

可以说,由规则调整人们事务的领域十分广泛。如家庭婚姻关系,亲朋好友关系;财产如何取得、处分、转让等。通过法律,禁止某些显然反社会的行为,如暴力行为、非法侵占财产、伤害他人身体、撒谎欺诈等。大多数国家都规定了权利取得、行使的方式,规定了公民有哪些基本权利。随着社会的进步、人口的增长、生活方式的多样化,社会关系日趋复杂,按规则行事成为必然。有时我们看到,就是偶然聚集在一起的人,人们为了保持一定的秩序,也会倾向于用规则来相互约束。如在路上,汽车受阻,大家刚开始都不愿意管“闲事”,都争先恐后地找出路,当大家都无法通过时,就会意识到这样谁也通不过,从而自发地组织起来维持秩序,因为这样对大家都有利。

在社会、经济的活动领域里,有组织有计划的工作更多。分工,也就是把一些工作任务加以分配,大多数组织的成员都遵守固定的工作时间。企业要实施生产计划;销售商要遵循一些销售程序。在学校,要告知有关招生、管理的规定,明确毕业的要求,规定教职人员的聘用条件,制定必需的校规校纪。

◆ 何以遵守规则

为什么人们要按规则行事呢?

一是人们有重复过去经验的心理取向。如小孩子总是不厌其烦地叫大人反复地教他们玩游戏或讲故事,直到他筋疲力尽无法再玩时为止。经验,可以增强人们的预测性,如果不停地变化,不停地重新选择,人们就会无所适从,就会陷入混乱。满意的经验给人们带来一定的确定性、稳定性。

一是跟人们自身的利益相关。人有多种需求,一般情况下,一个需求满足后就会产生一个新的需求,新的需求当然要有一定的确定性,就是说是通过努力能够实现的需求,如果是不确定的、无法预测的,通过努力也无法实现的,人们也就难以产生新的需求。因此,规则能够指导人们去如何实现自己的利益或至少不损害自己的利益。如我们教育小孩不要撒谎,这可以说是最古老也是最基本的社会伦理规则。为什么对小孩要这样教育呢?实际上,小孩撒谎可能有害于他的生存。比如,一个小孩明明没有生病,可是他为了逃避学习,就经常通过装病以逃避上学,但他真生病时,家长可能就不以为然,会认为他是为逃学装病,从而耽误看病,增加带来生命危险的可能。这就是“狼来了”的少儿故事中的寓意。

可见,人间的规则、秩序根源于人们的生活本身,它是宇宙秩序的一部分。

§ 法律的故事

◆ 法律规则

规则作为一种普遍存在,在社会生活中有不同的形式,其中法律规则是一种影响很大的规则。这种规则与自然规则不同,它是人自己有意意识有目的规定的,是针对人的行为的。它与宗教、道德

等规则也不同:

它是事先规定的、普遍的,从而与那些即时性的个人意志相区别。由于法律规则是事先规定的,这本身就意味着不涉及过去的行为,恰恰相反,它是根据过去的经验加上对未来的预期为人们提供一个行为的标准,人们据此来安排自己的事务、调节自己的行为。由于它是指向将来的,而将来的情况的不确定性,排除了对某个具体的人或事的针对性,因而具有普遍性,这种普遍性往往还跟它支配的地域范围相适应。权力则不同,它是一个人将自己的意志强加在他人身上的能力,总是意味着一个人可以对他人直接地实施某种强制;它强调对某个人意志的服从,当不服从时能够直接采取一定的惩罚措施,这里面充斥着个人主观性,带有很大随意性、任意性;人们对这个掌有权力的人如何行使权力、何时行使都无法预期,从而表现出不确定性来。古代有“伴君如伴虎”的格言,表明了权力的这种神秘莫测的特点。

它是公开的、确定的,从而使人们能够据此来安排自己的事务。正因为法律规则是事先规定的,从而也是公开的、确定的。人们要按照法律规则行事,前提是要有这些规则的存在,并按照通常的方式让人们知道它。这种公开性排除了那种即时性的直接宣告的要求、命令、强制。要使人们能够按规则行事,规则还必须对人们如何行为,以及违反后的后果加以明确,确切要求人们可以做什么、不可以做什么、必须做什么,以及不按照要求做的后果,正因如此,它才具有一定的稳定性,并产生调整人们关系的作用。

它是具有强制性的、权威性的,从而与道德、信念等内心自觉不同。有了规则,但只要有人不遵守,势必构成对规则存在的威胁,从而使规则本身的功用丧失。为了保证规则的执行,还要有制裁,即人为的强制。在习惯性、道德性规则的遵守上,主要靠行为人的内在的觉悟和社会成员对违反者的蔑视、孤立、不协助等排斥方式来促使其遵守;对法律规则的遵守,则要由一个权威机构和一

些专门人员对遵守或违反行为加以认定,最后对那些违反者给予必要的惩罚,从而树立起权威,把社会纳入到共同的秩序里。

◆ 法律能做什么

那么,法律能做什么呢?俗话说做事要有规矩,说的是做人做事要有一定的规则,否则就会把事情办糟或做不了事情。二战时,美军占领日本后,据说占领军司令部宣布了一个关于汽车右侧行驶的法律,当时,每个开车的人,晚上吃饭睡觉想的问题是第二天不要忘记朝右侧驾驶汽车、不要违反这一规定,结果,人们很快改变了左侧行驶的习惯。2004年5月1日我国的《道路交通安全法》正式开始实施,根据这一法律的规定,驾驶员和乘坐人员应当按规定系安全带。过去,只是规定驾驶员在高速公路上行驶必须系安全带,现在只要是在道路上开车就要系。该法实施后驾驶员、乘坐人都不太习惯,可是,不系安全带驾驶员就要被处罚,人们开车时也就注意系安全带的事,驾驶员也会注意提醒乘坐的人系,通过一段时间,大家也就习惯了。可见,法律能够改变人们的习惯、创造新的习惯。在“非典”时期,根据规定,乘坐汽车、火车、飞机等进出外省或有的地区要进行体温检查,发现体温不正常的要隔离观察等等,对这一切大家基本都能接受。何以如此?因为大家都理解政府的这些措施旨在大家共同的利益,因而能够、也必须接受这些检查、措施。可见,为了大家共同的利益,人们能够容忍法律的强制措施。对于民主,有的人总是说国民素质不高,难以实行,尤其是农村。事实恰恰相反,根据《村民委员会组织法》的规定,村民实行自治,村干部都要由村民选举产生,于是在农村普遍实行了民主选举,尽管还存在不少问题,但毕竟村民在很大程度上可以左右自己的领导人了。可见,法律能够增强人们支配自己的能力。现在是一个利益多元化的社会,同时人们的价值标准也各有不同,甚至

我们感叹“世风日下,人心不古”,是非被弄混乱。有两个女的在公园划船,不慎落水,一个男的奋不顾身进行救助,结果不幸淹死。但这两个女的却不承认是这个男的救的她们,反而说是他自己掉在水里淹死的,死者家属是想赖在她们身上。死者家属认为,别人舍命救你们,竟然连承认都不愿意,真是一点道德都不讲。大家都可以在道义上谴责这两个女的,但到底这个男的是因为救人淹死的还是自己不小心淹死的呢?后来死者家属诉到法院要求赔偿,法院经审理认定,该男子系抢救这两个女的而淹死的,用民法上紧急避险的原理,判决这两个女的赔偿死者家属损失。死者家属说“主要是讨一个公道”。可见,法律能够作为人们是非曲直的标准。这种事例在生活中很多。一个农民家的一头小牛丢了,一天赶街,发现邻村的一个人家正在卖一头小牛,他越看越像自己家的那一头牛,于是去索要,那个人不承认,于是,这个农民诉至法院。一审败诉,在二审中,经过对小牛做“亲子鉴定”,证明那头小牛系失主家母牛所生,最终判决返还失主。虽然这个农民为了要回小牛花费颇大,但“就是为了一个名声”。一个人从一幢居民楼前路过,结果楼上掉下数片花盆碎片把他眼睛砸伤,但那个单元的十几户人家没有一户愿意承认是自己丢的,不得已,受害人诉至法院,经审理,除了底层的几户外,凡是不能举证证明自己没有责任的,由他们共同赔偿。有了这个教训后,不仅被判决赔偿的那些人汲取了教训,就是知道这个案子的人,以后也会小心了。可见,法律可以“教育人”。一个小孩在一个幼儿园里不知怎么喝下了煤油,致使其气管损伤,小孩的家长与办园的老师协商,老师不愿赔偿,后经法院判决其赔偿6万多元,但这个老师为了逃避赔偿,把幼儿园卖掉“蒸发了”,后来法院找到她,她仍然不履行赔偿义务,经过几次司法拘留,她才拿出钱来。可见,法律具有强制的力量。一个饭店成为某个乡的定点“食堂”,乡干部吃了一年下来,差这个小饭店2万多元,但都挂在饭店的账上,后来换了乡长,店主找新乡长要钱,

这个乡长以“新官不理旧事”为由拒付,店主只得起诉,法院判决乡政府连同利息一同赔偿。可见,法律增强了“民与官斗”的能力。

法律最基本的功能是“止纷定争”。然而,法律不是万能的,我们不能“迷信”,法律有很多事也做不到。如法律不能解决良心问题。有一次,上海崇明县的农贸市场上,一伙流氓酗酒后殴打行人,寻衅滋事,崇明县检察院一干部上前制止,遭流氓围攻毒打。围观的人有 300 余人,却无一人出来相助。这种事很多,生活中经常能够碰到见死不救的事情,有的甚至“以怨报德”,法律不能强迫人们“良心发现”。法律也不能解决个人感情问题。一个 70 多岁的老先生因婚外恋离家出走,老伴满街张贴老先生“出轨”的照片。广州一个 70 多岁的老教授要求跟老伴离婚,原来是跟儿媳好上了,法律不能强迫人们相爱。法律不能解决人们的信仰问题。西安市一商场为了促销,出了一个新招,规定:现场所有女性,只要把衣服脱得只剩“三点式”,就可以跑到商场三楼的羽绒服卖点抢穿一件衣服,谁抢到好衣服就是谁的。先后有十多名女子当着数百围观者宽衣解带,变成“三点式”,法律不能强迫人们改变自己的价值观念。另外,还有“恶法”会侵害人们的权利,制造不公;法律还会被人歪曲、“滥用”,产生冤假错案;法律有漏洞,有时也无能为力。

因此,从个人功利角度来看,法律只是提供了一个最低限度的行为准则。正因为法律有这样那样的不足、不能,就要以一定的价值作为自己的追求,或者说是衡量“良法恶法”的依据。一般来说,“良法”要体现正义、自由、人权、平等、秩序和效益等一些基本的价值。

法首先要促进正义的实现。在形式上要做到:(1)司法独立;(2)诉讼权利平等;(3)完善的审判制度;(4)律师自由等。

二是要保障人的自由,要做到:(1)在宪法当中规定人们的自由权利为基本权利,使自由成为整个法律体系的基本精神;(2)制