

法治政府的构建： 理论与运作

FAZHI ZHENGFU DE GOUJIAN LILUN YU YUNZUO

申来津 著



法治政府的构建： 理论与运作

FAZHI ZHENGFU DE GOUJIAN LILUN YU YUNZUO

申来津 著



图书在版编目(CIP)数据

法治政府的构建:理论与运作/申来津著.

武汉:湖北人民出版社,2013.12

ISBN 978-7-216-07958-7

I. 法… II. 申… III. 国家机构—行政管理—研究—中国 IV. D630.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 301504 号

出 品 人:袁定坤

责任部门:时政经济分社

责任编辑:曹新哲

封面设计:张 弦

责任校对:游润华

责任印制:杜义平

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大道 268 号

印刷:武汉市福成启铭彩色印刷包装有限公司

邮编:430070

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

印张:6.625

字数:136 千字

插页:4

版次:2013 年 12 月第 1 版

印次:2013 年 12 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-216-07958-7

定价:20.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

**本书得到
武汉理工大学创新人才培养项目资助**

本书得到以下两个项目的支持：

国家社科基金项目

政府维护社会公平正义的法治途径研究

(编号：CZZ001)

中央高校基本科研业务费专项资金资助项目

维权视角下政府推进社会公正的责任和义务研究

(编号：2013-Ib-033)

内 容 简 介

法治政府是一种理想的政府运行状态，是最佳的政府模式选择，也是世界各国政府追求的目标。2004年3月，国务院颁布《全面推进依法行政实施纲要》（以下简称《纲要》），提出利用十年左右的时间初步建成法治政府，于是，在全国范围内掀起了法治政府建设热潮，各地纷纷制定法治政府建设规划，采取各种积极措施，全力推进法治政府建设，在这种背景下，研究法治政府的基本理论与建设实务无疑具有积极的学术意义和实践意义。党的十八大报告在谈到“2020年实现全面建成小康社会宏伟目标”时指出“依法治国基本方略全面落实，法治政府基本建成”，这说明建设法治政府是一项长期而艰巨的任务。

依法行政是依法治国的核心，建设法治政府是建设社会主义法治国家的前提，法治政府是政府的法治化，是法治精神向国家治理领域的延伸和渗透，法治政府区别并优于其他任何政府形态，但究竟什么样的政府才是法治政府并无定论。本选题首先研究了法治政府的基本理论问题，以法治、政府等元概念为切入点，阐述了法治政府的实然与应然图



景，法治政府的本体与价值取向，对法治政府进行历史梳理和域外比较，探讨了法治政府的人本理念和实现途径等问题。

法治政府建设遵循着自身的规律性，首要的是对政府职能的变革，即要重新审视政府该管什么和该怎样去管，要求对政府职能法定化和对政府职能偏失的纠正。政府职能设定历来争议较大，但由“万能政府”向“有限政府”转变已成定论，问题的关键在“有限”的内容配置以及职能实现的方式，本书讨论了政府职能的法治化，目前政府职能存在的突出问题，对政府职能转变和创新提出了设想。

法治政府建设要求公务员在观念和行为上做出回应，在观念上要求树立依法行政理念，以德行政，在行为上强调依法执法，廉洁高效。法治政府建设必须提高公务员的法律意识，强化依法行政理念和能力，本书着眼于法律意识与行政选择，对法律意识与行政选择的相关性进行追问，力图揭示违法行政的内在的深层根源。基于此本书从公务员应具备的法律意识、依法行政观念的培育、法治氛围的形成等方面对公务员依法行政观念进行了分析。对作为依法行政重要补充的以德行政进行了探讨，分析了依法行政的困境，论证了以德行政作为依法行政必要补充的必要性和可行性，指出依法行政与以德行政相辅相成，互为依托，缺一不可。

行政执法是依法行政的核心，行政执法的质量直接影响法治政府建设的进程，本书对行政执法的法治化、程序化以及行政执法责任制进行了探讨；廉政是法治政府建设的目标之一，利益是公务员偏离依法行政的最大诱因，控制行政腐

败必须使“行政权力与行政权力主体利益彻底脱钩”，即去利益化，去利益化为行政行为的廉洁高效创造了条件，本书分析了去利益化的必要性和可行性，提出了“去利益化”的具体措施。

为了推动法治政府建设，本书重点研究了法治政府评价和测评问题，探讨了法治政府测评的意义、依据、原则、信度和效度，设计了法治政府测评指标体系，并探讨了法治政府测评实务。

由于我国法治政府建设起步较晚，遇到的问题也比较多，加之对法治政府的研究也相对滞后，因此本研究项目仍有较大的研究空间，对法治政府建设的研究也必须随着法治政府建设进程而不断深入，这样才不会脱离我国法治政府建设的实际。我们相信，只要我们共同关注法治政府建设，为法治政府建设出谋划策，我国法治政府愿景一定会早日实现。

目 录

CONTENTS

第一章 应然与实然：法治政府的本体与追问	(1)
一、法治精义：分歧与合致	(1)
二、法治政府：时间与空间之维	(12)
三、法治政府的本体追问与价值取向	(31)
四、良法之治：法治政府的基点	(42)
五、法治政府的人本理念及其实现	(49)
六、法治政府的民主形态及其功能分析	(62)
第二章 嬗变与创新：法治政府语境中的政府职能 ...	(73)
一、政府职能及其法定化	(73)
二、突出的问题：“错位”、“越位”、“缺位”现象	(76)
三、出路：政府职能转变与创新	(78)
第三章 法律意识与行政选择：公务员依法行政观念分析	



.....	(83)
一、公务员的法律意识：基于依法行政	(83)
二、公务员必需的法律意识	(87)
三、公务员依法行政观念的培育	(92)
第四章 以德行政：依法行政的必要补充	(97)
一、依法行政困境的多维分析	(98)
二、以德行政何以成为依法行政的必要补充	(107)
三、扬弃与整合：现代行政之构建	(115)
第五章 目标定位与制度设计：行政执法及其现实路径	(119)
一、法治政府中行政执法的目标定位	(119)
二、行政执法目标的实现路径	(121)
三、行政执法责任制：现实的制度安排与争议	(123)
第六章 去利益化：依法行政的效能基础	(127)
一、行政权力与利益因素的关联	(127)
二、去利益化及其行政腐败控制功能	(129)
三、行政权力与行政主体利益彻底脱钩	(131)
第七章 路径选择：如何实现法治政府	(134)
一、法治政府与政治文明的契合	(134)
二、法治政府建设的动力之源	(137)

三、实现法治政府的路径选择	(140)
第八章 法治政府测评指标体系的设计与操作实务	(149)
一、法治政府测评的必要性和可行性	(149)
二、法治政府测评的依据与域外镜鉴	(151)
三、法治政府测评的原则和要求	(164)
四、法治政府测评的信度、效度及权重赋值	(175)
五、法治政府测评指标体系的框架与内容	(179)
六、法治政府测评的操作实务	(187)
参考文献	(192)
附表 法治政府问卷调查表	(195)
后记	(202)

第一章 应然与实然：法治政府的本体与追问

厘清什么是法治政府是构建法治政府的基本前提，如果连什么是法治政府也说不清楚，那么，要构建现代意义上的法治政府是难以想象的。应该说“法治政府”理念源于西方政治哲学和法治理论对政府原则、结构和运行模式的规约，政府法治化也是西方法治得以实现和维持的政府模式。那么，到底什么是法治政府，或者说法治政府的应然图景与实然面貌究竟怎样？尤其在当代中国特色背景下的法治政府又该如何表达？目前学界仍未定论。这就有必要追根溯源，认真求证，系统描述。

一、法治精义：分歧与合致

（一）法治溯源

关于法治，学界公认或引用最多的是亚里士多德的观点，即“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服

从，而大家所服从的法律又应该是本身制订的良好的法律。”^①但亚氏只提及了法治的核心内容，并没有给我们一个完整的关于法治的定义，也许正因如此，古今中外学者对法治的争议就从未停止过，于是，见仁见智，众说纷纭，法治如正义一样“有一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状，并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面之后的秘密时，我们往往会深感迷惑。”^②但无论如何，前人对法治的探索值得我们思考和借鉴。

早在公元前7世纪至前6世纪，毕达库斯就提出了人治不如法治的主张。柏拉图也经历了人治观到法治观的转变，在《法律篇》中他指出法治的基本要义即法律至上，“当法律缺乏最高的权威，受制于其他权威，城邦就遭殃。但如果法律在统治者之上，统治者就会成为法律的仆人，城邦就会安全，并享受诸神赐予的一切好东西。”^③后来的许多政治家和思想家如亚里士多德、西塞罗、斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人对法治都曾有过经典的论述。《牛津法律大词典》总结了人们对法治理论的贡献，指出法治是“一个无比重要的，但未被定义，也不能随便就能定义的概念，它意指

① [古希腊] 亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第199页。

② [美] E. 博登海默著，邓正来等译：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第238页。

③ 徐爱国等著：《西方法律思想史》，北京大学出版社2002年版，第28页。

所有的权威机构，立法、行政、司法及其他机构都要服从某些原则。这些原则一般都被看作是表达了法律的各种特性，如：正义原则、道德原则、公平和合理诉讼程序的观念，含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。^①

中国传统中的“法治”是封建君王运用封建法律来治理国家意义上的法治，即“命有司，修法制，缮图圖，具桎梏”、“知法治所生，则应时而变；不知法治之源，虽古终乱”，其对于“法治”的理解不过是“权衡具而重益轻，斗石设而多益少，故依法治国，举措而已也。”它其中包含的完备法制，法律平等，强国富民等内容，虽与当代法治具有一定意义上的契合，但与现代法治却相距甚远。从语意看，在国外“法治”主要表现为“rule of law”（法的统治）、“rule by law”（依法统治）、“government through law”（通过法律的统治）、“government by law”（依法治理）。而在我国，“法治”则主要表现为“依法治国”、“以法治国”等。可见，法治不仅是个内涵颇受争议的概念，而且是个表现形式多样的词语。

从前人对法治的经典定义中我们可以感悟到，法治不仅仅意味着法律秩序和相关的操作技术，也不仅仅意味着更多的社会关系由法律调整，而是如哈耶克所指出的：法治是指所有法律必须依从于某些原则，即关于法应是什么的原则。^②

① [英] 沃克著，北京社会与科技发展研究所译：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 740 页。

② 王哲：《论西方法治理论的历史发展》，《中外法学》1997 年第 2 期。



从终极意义上讲，法治起源于自然法思想，强调法律是被人们能动的发现的自然法则，而不是统治者的权力意志，受“应然法”的支配。法治基于自然法学的契约观，要求保护民权，限制政府权力，它体现对公民权利与自由的偏爱，限制统治者的权力膨胀。法治根源于人类对自身利益与使命的关怀，应被看作一种培育自由、遏制权势的方法，被看作人作为负责任的道德主体或自由意志主体所从事的一种道德。在法治状态下，人们可以按照既定的良好的法律做出自己的社会行为，获得应有的人格尊严和普遍的主体地位。

因此，我们说法治的核心构成要件为：以民主、自由、平等、理性、文明和秩序为主动脉的善法，以法律至上为圭臬的公权力运行模式，以正当法律程序为命脉的权力防线。良法之治、法律权威、依法办事、法律平等、权力制约、人权保障等构成法治的重要原则。总之，法治就是指运用良好的（内含民主、自由、平等、人权、理想、文明、秩序）法律进行国家和社会管理的一种治理国家的方式。在这一治国方略中，法律高于任何权威，国家公共事务的治理都依据法律的规范进行，任何公共权力都在法律的轨道上运行，任何个人、组织、社会团体都不得凌驾于法律之上。

（二）法治分歧

民主法治与非民主法治。民主法治与非民主法治的分歧主要是对法治主体认识不同所致。民主法治中的主体是人民，法律由民众或民选机构制定，法律具有至高权威，一切个人与机构都在法律之下，法律面前人人平等。而非民主法

治的主体是君主等特权阶级，法律由君主、贵族等特权阶级制定，原则上人人受法律约束，但君王等往往例外，法律公开确立等级特权。有人认为法治离不开民主，所以非民主法治是人治而非法治。如戴雪在《宪法性法律研究导言》里写道：“构成宪法基本原则的所谓‘法治’有三层涵义，或者说可以从三个不同的角度来看。首先，法治意味着，与专横权力的影响相对，正规的法律至高无上或居于主导，并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在。其次，法治意味着法律面前的平等，或者意味着所有的阶级平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律……”^①也有人认为，法治的基本要义在于依照法律管理国家、治理社会，故非民主法治当然也属于法治。如英国分析实证法学家拉兹在《法律的权威》中写道：“法治仅仅是一个法律制度可能拥有并据以评判该制度的德性之一。它不应与民主、正义、平等、各种人权、尊重个人或人类尊严相混淆。”^②从法治的产生及演进来看，法治和民主并没有必然的联系。在非民主法治里，虽然法律来自权威的个人意志，可能导致恶法之治，但仍然是法治，因为它能通过法律维持社会的秩序，它本身不含任何价值成分。

理论法治与实践法治。理论法治与实践法治的分歧是由于对法治形成的认识不同所致。理论法治主张法治是通过逻

^① 夏勇著：《法治源流——东方与西方》，社会科学文献出版社2004年版，第13页。

^② 高鸿钧等著：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第180页。



辑分析建构出来的，而实践法治则强调法治是随着历史的发展自然演进形成的。理论法治是一种理想状态下的法治，是法律制度的价值原则和标准，是法律制度具备的一种品质。如英国的菲尼斯则断言：法治是指法律制度在法律上处于良好状态。^① 哈耶克在《法律、立法和自由》中对法治作了长篇的论述，他认为法治是一种政治理想，一种关注法律应当是什么，而不是实际是什么的原则。有学者说：“法治是一个令人不断追求但尚未达到的终极目标。”^② 还有学者指出，法治是一种理想，是一个内含着政治、法制、道德、信念等多方面内涵的完美理念。^③ 实践法治则是一种在实践中运行的法治，是一种社会存在的方式或状态，通常是通过社会中的法律制度得以体现。因而有学者说：“最好是把法治理解为一种独特的机构体系而非一种抽象的理想。”^④ 其实法治是一个与时俱进的概念，这不仅取决于人们理论认识水平的提高，而且取决于社会发展的进程。因此法治的内涵不仅包括理论上的意义，而且包括实践上的意义。“我们应从两种意义上来理解法治：在理念上，法治是一套治国的理论学说；在实践中，法治是从至高无上的法律建立的一种‘统治’模

① 徐爱国等著：《西方法律思想史》，北京大学出版社 2002 年版，第 317 页。

② 马长山著：《国家、市民社会与法治》，商务印书馆 2002 年版，第 44 页。

③ 潘佳铭：《法治概念的性质探析》，《西南师范大学学报》2005 年第 1 期。

④ [美] 诺内特·塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 59 页。