



法治中国建设研究丛书

法治政府建设的 理念与路径

郑成良等◎著

海外版

上海人民出版社

法治政府建设的 理念与路径

郑成良 高志刚 王波 马斌◎著

图书在版编目(CIP)数据

法治政府建设的理念与路径 / 郑成良等著. —上海:
上海人民出版社, 2017

(法治中国建设研究丛书)

ISBN 978-7-208-14829-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 250702 号

责任编辑 汪 娜

封面设计 零创意文化

· 法治中国建设研究丛书 ·

法治政府建设的理念与路径

郑成良 高志刚 王 波 马 斌 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 18.75 插页 2 字数 231,000

2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14829-1/D · 3116

定价 65.00 元



目 录

第一章 法治政府的相关理论 / 1

第一节 法治的标准、模式与理念 / 1

第二节 法律的定位 / 17

第三节 法治国家、法治政府、法治社会 / 30

第四节 中国特色社会主义法治理论 / 45

第二章 法治政府的制度建构 / 62

第一节 法治政府的定位 / 62

第二节 党和法治政府的关系 / 66

第三节 法治政府制度建构的原则和理念 / 81

第四节 政府权力清单 / 104

第五节 法律的政府执行 / 122

第六节 政府工作的法律监督 / 134

第三章 法治政府与合法合理决策 / 148

第一节 公共决策与法治思维 / 148

第二节 法治思维的分析工具与基本规则 / 164

2 法治政府建设的理念与路径

第三节 形式合理性与实质合理性 / 176

第四节 政府决策合理性的评判尺度 / 196

第四章 法治政府的评估 / 210

第一节 法治政府评估概述 / 210

第二节 法治政府评估的实践探索 / 217

第三节 法治政府评估运作机制 / 243

第四节 法治政府评估的方法 / 271

第五节 法治政府评估的发展趋势 / 288

第一章

法治政府的相关理论

第一节 法治的标准、模式与理念

一、关于法治的定义

1997年,中国共产党第十五次全国代表大会首次正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,随后的1999年,法治又首次入宪,这是新中国历史上具有标志性的重大事件。随着依法治国方略的确立和法治入宪,在“社会主义国家要不要成为法治国家”问题上的争论尘埃落定,走向法治逐渐成为当代中国社会的共识。全社会对法治的热情和期盼,为中国走向法治提供了强大的动力,不过,由于在中国的发展历程中法治还属于一种新生事物,加之历史与现实中诸多复杂因素的纠缠,人们对“何为法治”的理解也不尽相同,其间,有一些重要问题还需要厘清。

在当代中国的公共生活中,“法治”一词已经成为人们讨论和交流思想最为常见的词汇之一。但是,认真观察一下就会发现,不同的人对法治内涵的理解也可能存在某些重要的差异。有些人以为法治就是重视法律的治国作用,就是严格执法、依法治国;有些人则认为仅仅严格执法、依法治国还不够,只有在法律制度完备的基础上严格执法、依法

治国才是法治;还有的人认为法治意味着要使各种社会关系和行为完全纳入法律的调整范围,意味着法律对社会的全面覆盖;也有的人主张法治就是以法律作为判断一切是非曲直的最高,甚至唯一标准;等等。其实,这些认识都不完全准确。

从文明演进和文化交流的角度来看,法治并不是一个产生于我国本土的术语和概念。在中国古代,重视法律治国作用的法家虽然曾经提出过“以法治国”、“唯治为法”等理论命题,这些理论命题对于当代中国的人们理解法治也产生了某些影响,但是,法家理论与法治概念之间却没有本质上的必然联系。由我国官方出版的重要政治、法律文献的英文版本中,中文“法治”的标准对译词是“rule of law”,而 rule of law 意义上的法治与重视法律治国作用的法家理论,两者之间既存在明显形式上的类似之处,也存在本质上的重大差别。

rule of law 意义上的法治,在西方政治和法律传统中是一个历史悠久的概念,其内涵也随着政治和法律实践的发展而有所丰富和变化。

一般认为,古希腊思想家亚里士多德是最早对法治理论加以研究和论证的人。在亚里士多德看来,法治是与人治相对应的概念——把法律作为最高的政治权威即法治,把个人作为最高政治权威,即人治。亚里士多德指出,人在达到德性的完备时是一切动物中最出色的动物,但如果他一意孤行,目无法律和正义,他就成为一切禽兽中最恶劣的禽兽,我不敢对人类的本性抱有奢望。“我们应该注意到邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实现法治。法治应该包含两重意义: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本身是制定得良好的法律。”^①亚里士多德的结论是法治优于一人之治。

自亚里士多德给出第一个法治定义到近代之前的两千多年里,人

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

们对法治的概念并没有继续做更多、更深入的探讨,在这一漫长的历史期间,亚里士多德的法治定义是仅见的定义。到了近代,事情发生了变化,关于法治的新定义开始出现,20世纪以来,关于法治的新定义不断涌现,可谓林林总总、蔚为大观,其中,众说纷纭、争论不断,以至于在法律界颇具权威性的《牛津法律大辞典》在“法治”词条下特别申明:法治是“一个无比重要的,但未被定义,也不是随便就能定义的概念”。^①可以说,到目前为止,在全世界范围内还没有一个人们一致认可和无争议的法治定义。

需要特别注意的是,没有一个普遍接受的定义,并不意味着在“何为法治”的问题上人们完全各执一词和毫无共同认知,如果是这样,人们就无法使用“法治”这个概念来表达和交流思想了。只要稍加梳理就会发现三个深有意味的现象。

其一,自亚里士多德给出第一个法治定义之后,尽管在究竟是法治优于人治,还是人治优于法治的问题上是有着重大争论的,然而,在何为法治的问题上是没有争论的。也就是说,亚里士多德的法治定义是一个公认的,或者接近于公认的定义。之所以如此,是因为在这一历史期间,法治并没有成为世界各国治理的普遍方式,法治的实践和正在形成的法治传统主要集中在古希腊、古罗马和中世纪西欧若干国家之内,而且在多数时段内也不是这些国家唯一的和主要的治理方式,因而,法治及其定义也就没有作为人类实践特别重大的问题而出现在人类理论思考的视野之中。

其二,法治定义的争议产生于近代,而且愈演愈烈,在当代世界达到顶点。其时代背景是:资本主义文明的出现使自由、平等、人权、民主、法治成为欧洲社会普遍关注的重大热点,随着资本主义文明向全世

① [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所编译,光明日报出版社1988年版,第790页。

界的不断扩张,法治也就逐渐成为现代世界的公共话题。由于不同国度以及同一国度不同历史阶段社会面临的具体问题不同,解决问题的现实条件不同,公众对法治的期待和想象不同,法律价值观念不同,人们对法治的理解也就可能产生差别,于是,纷纷给出各自具有特色的法治定义也就成为十分自然的事情。在此,可以以19世纪末20世纪初英国著名法学家戴雪为例。戴雪在其传世之作《英宪精义》曾经给出一个法治定义:法治应当包括三种含义:一是普通法律的绝对权威;二是法律面前的平等;三是宪法不是个人权利的来源而是其结果。^①戴雪的定义被普遍以为是自亚里士多德以后影响最大的法治定义,受到许多人的推崇,不过,也有许多人提出异议。熟悉近现代欧洲法律史的人都可以看出,戴雪完全是以英国的法治实践为参照来理解和定义法治的。在普通法系(又称判例法系)中,由法院判例构成的普通法具有比国王更高的权威,所谓国王站在法律之下,意思就是国王及其政府与其他人一样要平等地接受判例法的约束,这一点对于英国以及普通法系的法治而言,固然特别重要,但是,对于大陆法系(又称成文法系)以及其他法系的国家来说则并不适用。

其三,尽管当代世界的人们对于何为法治时常给出各自互有抵牾的定义,但是,他们对于亚里士多德的法治定义一般并不排斥和否定,而仅仅是认为亚里士多德的法治定义过于简单,遗漏了某些重要的东西,于是,现代的定义者就纷纷根据自己的认知对法治的某一方面特质予以强调,由于定义者所处的现实社会背景以及所持有的理论、观念和诉求各有特点,他们给出的定义也就不尽相同。亚里士多德的法治定义,强调了法治的两个方面:一是法律至上——法律具有最高权威,因而它必须得到普遍的服从,没有人可以超越于法律之上;二是良法之

^① 参见张彩凤:《英国现代法治理论的经典表述——戴雪的法治观及其现代批判》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2002年第1期。

治——作为最高权威的法律本身应当具有某些特殊的品质,如果法律本身是不公正的,它就不配具有最高权威。对于法治这两个方面的含义,人们是普遍接受的,至少不存在实质性的和有理论分量的异议。

经过以上分析,可以得出一个大致结论。在当代世界,对于何为法治的问题,既存在广泛而深刻的异见,也存在最低限度的共识。就异见而言,只要实行法治的各个国家在具体国情、历史传统、社会制度和意识形态等方面的显著差别还没有消失,对法治的不同理解和定义就难以避免,而且,这种不同理解和定义在很大程度上也具有历史的正当性,强求一致反而是不合理、不可取的。就共识而言,法治意味着法律至上和良法之治,几乎所有参与法治讨论的人对此都是接受的,人们的普遍看法是法律至上和良法之治是现代文明的基本公理,如果拒绝认同这两个公理,就不仅拒绝了法治,而且也是拒绝了整个现代文明。

二、关于法治的标准和模式

定义是人类表达和交流思想的过程中经常使用的一种方法,被定义的事物叫作被定义项,其定义叫作定义项。定义的主要功能是区分与识别,即一个较好的定义可以把被定义的事物从其他事物中有效地区分开来或者识别出来。亚里士多德的法治定义之所以被一些人视为有待商榷的定义,一个重要原因就是仅仅用法律至上和良法之治还不足以很便利地在各种各样的国家治理形态中把法治区分和识别出来。此间的争议之点不在于法律至上和良法之治本身,而在于判断在一个国家中法律是否具有最高权威,判断法律制度本身是否为良法,这也有一个具体标准如何设定的问题,换言之,定义项本身还需要再次定义。从理想的定义应有的功能上来说,它确实不是一个完美的法治定义。现代世界的法治定义之争,大致上也就是关于法治判断标准之争,人们把各自看重的更加细化具体的判断标准添加到定义之中,就形成了不

同的法治定义。

关于法治的判断标准,文献非常丰富,研究者提出了诸多观点和方案。在此,我们以四个比较有代表性的法治标准为例略加分析。

例一是本书前文曾经提及的戴雪的法治标准。戴雪认为,识别国家治理形态是否属于法治,有三个方面的判断标准:第一,普通法具有绝对权威,排除专制、特权和政府广泛的自由裁量,不经过法院合法程序审判,任何人都不能被惩处;第二,法律面前的平等,任何阶层都平等地接受法院的管辖;第三,宪法不是个人权利的来源,而是其结果。^①

例二是《德里宣言》的法治标准。1959年,世界各国国家五百多名法学家在印度德里召开国际法学家会议,会议通过的《德里宣言》将法治的判断标准表述为:第一,立法机关发挥创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件;第二,既要制止行政权滥用,又要使政府能有效维护法律秩序,借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件;第三,实行司法独立和律师自由。^②

例三是国际律师协会理事会的法治标准。该协会理事会于2009年通过的一项决议对法治的标准作出了更为细致的表述:一个独立公正的司法机构;无罪推定;接受一个不被无故拖延的公正公开的审判的权利;用合理并且相称的方式来惩罚;一个强大而独立的法律界;严格保护律师与当事人间的保密沟通;法律面前人人平等。这些都是法治的根本原则。因此,任意逮捕、秘密审判、不经审判无限期拘留、残忍或有辱人格的待遇或处罚、依赖于恐吓或腐败的选举过程,都是不可以接受的。法治是文明社会的根基。它建立起一个对所有人都是透明公开并且可以接近的程序。^③

① 参见张彩凤:《英国现代法治理论的经典表述——戴雪的法治观及其现代批判》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2002年第1期。

② 参见胡建森:《德里宣言与法治标准》,《法制日报》2016年9月28日,第7版。

③ 参见《法治的几个概念》,《法制日报》2015年3月1日,第12版。

例四是联合国秘书长报告中的法治标准。2004年,联合国秘书长安南在“关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告”中表示:“对联合国而言,法治概念指的是这样一个治理原则:所有人、机构和实体,无论属于公营部门还是私营部门,包括国家本身,都对公开发布、平等实施和独立裁断,并与国际人权规范和标准保持一致的法律负责。这个概念还要求采取措施来保证遵守以下原则:法律至高无上、法律面前人人平等、对法律负责、公正适用法律、三权分立、参与性决策、法律上的可靠性、避免任意性以及程序和法律透明。”^①

一望可知,以上四例中的识别法治的系统化标准是不尽相同的,既有所重合,也有所疏离。细致分析起来,四个系统化标准所涉及的判断项可以达到数十条之多,每一套标准都是具有理论依据和启迪意义的,但是,由于当今世界各国在社会制度、历史传统、现实条件和价值观念等诸多方面存在重要的差别,这些系统化的法治标准肯定不具有完全的普适性。不过,在另一个方面,也可以发现,这四个外观上差异颇大的系统化法治标准,也具有某种一致性,即它们都以明示或隐含的方式涉及法律至上和良法之治,只是在如何从制度安排上实现法律至上以及良法应当具有哪些具体的品质方面,产生了不尽相同的理解和认知。由此可以得出的结论是:在法治的识别和判断标准问题上,法律至上和良法之治实际上已经成为现代国家比较公认的最低限度的标准,但是,在更加具体的细化标准方面,当今世界的现实条件还没有成熟到能够使人们达成普遍共识的程度。

与法治标准密切关联的一个问题是法治模式。法治模式的实质是不同法治标准的制度化问题,按照不同的法治标准来进行制度建设,自然就会形成不同的法治模式。例如,欧美的法治模式最具有典型意义

^① 联合国与法治网站, <https://www.un.org/zh/ruleoflaw/>, 2017年7月28日访问。

的有两种,即以法国和德国为代表的大陆法系法治模式和以英国和美国为代表的普通法系的法治模式。

这两种法治模式的共同点都是奉行法律至上原则,包括国家元首和政府首脑在内的任何个人、机构和团体都必须平等地接受法律的管辖和约束,但是,大陆法系的传统是典型的立法中心主义,具有最高权威的法律是由立法机关制定的,体系完备的法典和单行法是立法者意志的表现,政府在行使行政权、法院在行使司法权的过程中,必须遵从这种体现在成文法中的立法者意志。与此相对,普通法系的法治形态则具有某种司法中心主义的色彩,普通法系国家的法律体系由法院判决所形成的判例体系与立法机关制定的成文法体系共同构成的,而且,判例法居于法律体系的主干部分。普通法系的法院在审理案件时适用“服从先例”原则——所有法院都必须考虑此前有关的判例,除非有重大理由,应坚持类似案件类似判决;下级法院必须服从上级法院的判例,上级法院一般也要受自己判例的约束。这意味着,普通法系的法院不仅适用法律,也在一定范围内创造法律。因此,在普通法系国家,作为司法机关的法院在法治运行中所发挥的作用远比大陆法系为大,在政治和经济生活中扮演的角色也更为重要。前引英国法学家戴雪的法
治标准,就是对此种情形的理论概括。

与同为大陆法系法治模式的法国与德国也各有特色一样,同为普通法系的英国与美国在法治模式方面也不是完全一致的,其中,美国法治模式的司法中心主义色彩要比英国来得更加强烈。英国属于不成文宪法国家,它没有统一的成文宪法,历史上不同时期制定的若干单行成文法和判例法、习惯法共同构成了宪法体系,而美国则存在一部统一的成文宪法,更加重要的是,美国特色的违宪审查制度使法院获得了足以制衡政府和议会的巨大权力,美国联邦最高法院可以利用违宪审查权宣布政府发布的法令和议会制定的法律因违宪而无效,于是,美国法

院,尤其是联邦最高法院在法治运行过程中所能够发挥的作用远非其他国家的法院可比。例如,联邦最高法院在罗斯福总统执政之初,以违宪为由多次宣布总统“新政立法”无效,伯格法院(1969—1986年)期间在17年中共计否定了31项联邦议会的立法。此外,联邦最高法院在正当程序、权利平等和表达自由方面的违宪审查判决,都曾经深刻地影响了美国社会的发展,以至于可以说,美国联邦最高法院与总统和议会相比,在美国法治实际运行中所发挥的作用大致是旗鼓相当的。

无论是基于历史的经验还是现实状况来考量,我们都可以在理论上得出一个命题:在法治国家的建设方面,不存在放之四海而皆准的一个普适性法治模式。适合本国国情、能够最有效保障本国法治健康持续发展的法治模式,就是最好的法治模式。

三、关于法治的核心理念

了解有关法治的各种定义、标准和模式,比较其间的异同,对于准确而全面地认知什么是法治是完全必要的,不过,仅仅做到这些,还可能对何为法治有所困惑。在此基础上,就要进一步了解法治的核心理念。掌握了法治的核心理念,就为形成科学合理的法治观奠定了重要的理论基础。这是因为,法治不仅仅是现代国家普遍采用的治国方略,也不仅仅是立法、行政和司法的基本原则,它还是现代文明的基本价值观,要想从根本上搞清楚法治是什么、法治意味着什么,还必须从文明公理的层面,而不能仅仅从制度性操作的层面上来理解和认知法治。

从人类文明的发展史上看,现代文明区别于前现代文明的一个重要标志,就在于法治原则在社会成员中获得了普遍的认同,并成为一条维系社会合作、规范社会关系、裁判社会纠纷、表达社会理想的基本文化公理。法治原则作为一条基本的文化公理,反映了人类文明的现代形态对公共生活规范和秩序的特殊理解。任何社会都需要一套规范人

们行为的普遍规则,都需要用公共权力去确认、制定和执行这些规则,也都需要一定的保护和救济手段去为个人追求自己的正当利益提供必要的机会。在这些方面,人类文明的各种形态都有类似的需求。现代文明的独特之处在于它对作为普遍规则的法律以及公共权力和个人权利的关系给出了新的界定,从而使法律与权力、法律与权利、权力与权利三种基本关系呈现出与已往文明全然不同的状态,由此形成的三种信念——法律至上、权利本位、社会自治便构成了法治理念的核心之点。

(一) 关于法律至上

在现代文明中,法律不再是政府的命令,而是一种具备社会公约性质的、表达社会共同理想和信念的共同规则。与其相对应,权力也不再表现为旧式政府所具有的那种支配一切的能力,而成为依赖于法律并被法律所支配的力量。因此,在法治社会中,最高和最终的支配力量不是政府的权力而是法律,法律从政府的工具转而成为政府的主宰和存在的依据,其具体表现是:其一,一切行使公共权力的机构都必须站在法律之下去思考和行动,在公共领域中,合法性成为制定和实施任何行动方案都必须考虑的前提性问题。其二,国家的治理者与受治者均须受到法律平等的支配和约束。在法律面前,权力并不是一项责任豁免的当然理由,而是一项必须做些什么的作为义务,或不得做什么的不作为义务。其三,政府的权力来自法律的批准,法律成为权力的依据和标准,各类公共权力的范围及行使权力的方式和限度均取决于法律,与法律标准相抵触的行为不仅是无效的,还会产生法律责任。其四,法律成为公共权力赖以存在的理由。法律作为社会的公约,需要有人去守护和执行,公共机构和公共权力之所以必要,之所以是一种合理存在,概因它们是守护和执行这种社会公约的必要工具。如果权力以违反法律的方式去行事,就失去了其自身赖以存在的理由。

因此,在任何类型的法治国家中,法律成为评判一切涉法性社会问题的最高权威,成为公共权力对任何人施与保护和制裁的恒定标准,同时,一切治国之权都必须依法设立、依法取得、依法行使,并被依法评价和监督。这样一来,在公共生活领域,人与人之间尽管还会有支配——服从关系这种现象,但它在实质上已经是一种法律对人们的支配和人们对法律的服从,而不再是一些人对另一些人的统治,这意味着“人终于成为自己的社会结合的主人”^①,由于每一个人都仅仅是法律的仆人,因此,每一个人都成为自己的主人,一个自由人。

(二) 关于权利本位

在已往的文明形态中,权利能否被国家的治理者认真对待,往往取决于某些非制度因素,如决策者的个人品德、价值观念、同情心及社会情势,等等。在现代文明中,权利成为一种恒定的制度性存在,因而,在制定和实施公共政策中,权利不再是一个可以被忽略的因素,相反,对权利的平等保护成为法律的宗旨和公共权力的法定使命,这样一来,法律的神圣性和不可侵犯性就具体表现为法律所确认的权利也是神圣的和不可侵犯的。在现代文明的文化公理中,法律和权利具有本质上的同一性,被理解成为只是同一观念的不同表达方式。因为,如果法律所许诺的权利不是神圣的和不可侵犯的,就意味着法律并不具有最高的权威,它所批准的事情并不产生普遍的效力。相反,权利的命运如何,尚需取决于更有权威的其他标准。

此外,现代文明对权利的定义还有一个十分重要的方面,即权利意味着法律上的平等对待,等级特权不是权利。因而,应当按照无差别对待的原则来向每个公民分配同等的基本权利,从而使他们能够在平等的法律地位上参与社会的合作与竞争。在法治原则看来,法律作为一

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第760页。

个统一的标准,应当对一切人相同的利益、行为、主张和期待做出相同的反应,这是一个不证自明的公理。

其实,法治的理论 with 权利本位(law base rights)的观念有着内在的联系。以权利作为法律的本位,是现代法律制度区别于前现代法律制度的根本标志。权利本位要求应当把对平等权利的确认和保障作为建立和实施法律制度的基本宗旨和出发点,因此,只是为了使人们的平等权利有同等的实现机会,才有必要向每个人施加平等的义务约束,才有必要建立公共机构和公共权力去引导、监督和强制人们履行自己的法律义务。就此而论,在现代文明的逻辑中,法律不是来自对权利的限制和否定,而是来自对权利的确认和肯定。马克思曾有言:如同重力定律不是对运动的否定,而只是运动的条件一样,法律也不是对自由的否定,而是自由的存在方式。因此,可以说,在法治社会中,法律的本质不在于压制和束缚,而在于建立使平等权利得以共存的条件;法律与权利的关系是流与源的关系和形式与内容的关系。

(三) 关于社会自治

如果有人认为,实行法治就是用尽可能多的法律调控社会生活,就是借助于法律尽可能广泛地实施统一的强制性标准,那么,他就从根本上曲解了法治的理念。尽管法治意味着法律至上,但并不意味着一味地用法律上的强制性标准来排斥当事人的自主决定和约定。相反,法治需以适度的社会自治为基础,而且从根本上说,法治不过是社会自治的特定实现方式。

所谓社会自治,就是组成了社会的那些自然人、法人及其他主体在处理私人事务时,可以按照自己或按照彼此的共同意愿自主地行事,不受外在因素的干预。在私法理论中,社会自治又称私人自治。法治理念的思想前提是把社会事务区分为公共领域和私人领域两个范畴,只是在公共领域中,法律的标准才较多地具有强制性特征,至于私人领域