



国家出版基金资助项目：中国社会主义司法制度构建

2011计划司法文明协同创新中心研究成果

国家社会科学基金重大项目：建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究最终成果之五

课题首席专家：卞建林教授



公正高效 权威视野下的 行政司法制度研究

高家伟/著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金项目

NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

国家出版基金资助项目：中国社会主义司法制度构建

2011 计划司法文明协同创新中心研究成果

国家社会科学基金重大项目：建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究
最终成果之五

课题首席专家：卞建林教授

公正高效权威视野下的 行政司法制度研究

高家伟 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

公正高效权威视野下的行政司法制度研究/高家伟著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2013. 11

(中国社会主义司法制度构建/卞建林主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1516 - 9

I. ①公… II. ①高… III. ①行政诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.310.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 247292 号

公正高效权威视野下的行政司法制度研究

高家伟 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2013 年 11 月第 1 版

印 次: 2013 年 11 月第 1 次

印 张: 29.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 624 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1516 - 9

定 价: 110.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsueu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

总 序

新中国成立特别是改革开放以来，我国坚持从国情出发，在承继传统法律文化成果、借鉴人类法治文明的基础上，探索建立并不断完善中国特色社会主义司法制度。2012年，随着新《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》的相继出台，新一轮司法改革的任務已基本完成，改革成果陆续显现，中国司法正步入一个新的发展时期。这些立法修改与司法改革举措充分展示了我国民主法制建设所取得的巨大成就，顺应了我国经济社会发展的新形势和人民群众的新期待，对司法实践中迫切需要解决的问题作出了积极回应，使我国司法制度和诉讼程序在立法与司法层面迈上了一个新的台阶。建设公正、高效、权威的社会主义司法制度，是党的十七大对我国司法制度建设提出的总体要求和基本目标。努力使司法公正成为“看得见的公正”、司法高效成为“能感受的高效”、司法权威成为“被认同的权威”，从而真正彰显中国特色社会主义司法制度的优越性，促进经济社会发展，保障人民群众利益，是全体当代法律人为之奋斗的共同目标。

一、全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家

当今世界，各国的历史经验表明，国家发展的方式与路径是多元的，但治理国家的基本方略却只有一种，那就是法治。法治反映了人类管理自身能力的进步，其地位和作用是道德、政策、宗教等其他社会规范所不能替代的。法治全面体现了现代政治文明的理念，是迄今为止人类所发现的最为理想、最为优越的社会管理方式。法治是理性的秩序，通过对权力的规制，使权力的运行摆脱了野蛮、任性的状态；法治是有序的制度，通过规定权利和义务的方式，为人们提供了一个普遍遵从的行为准则；法治是和谐的管理，解决纠纷、化解矛盾、处理案件主要依靠说理和协商，服从法庭和程序，强权只是作为最后的手段而被保留。法治是人类社会管理的基本经验，是政治文明的重要成果。在我们这样一个13亿多人口的大国，要实现政治清明、社会公平、民心稳定、长治久安，最根本的还是要靠法治。法治建设推进得越持久、越深入，其成效就会越显现、越突出。唯有依法治国才能保持庞大国家的有效治理，进而从根本上解决中国社会的诸多复杂问题，使人民得以幸福生活，使国家得以长治久安。



改革开放 30 余年的历史经验表明,坚持依法治国的方略是使未来中国走向强盛、实现民族伟大复兴的必由之路。

正是基于这一原因,从党的十五大把“依法治国,建设社会主义法治国家”确立为治国的基本方略,到党的十八大作出“全面推进依法治国”的重大决策,党和国家在法治道路上的探索持之以恒,卓有成效。党的十七大报告指出,坚持依法治国基本方略,树立社会主义法治理念,实现国家各项工作法治化。依法治国是社会主义民主政治的基本要求,坚持科学立法,民主立法,完善社会主义法律体系,加强宪法和法律的实施,维护社会主义法制的统一、尊严、权威。党的十八大报告根据“到 2020 年全面建成小康社会”的新形势和新要求,进一步强调依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,法治是治国理政的基本方式,要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用,全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家。同时,明确宣布 2020 年国家法治建设的目标是:依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,公民的各项权利得到切实保障。指出“要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,坚持法律面前人人平等,保证有法必依、执法必严、违法必究”。新的领导集体继往开来,与时俱进。习近平总书记在纪念现行《宪法》公布实施 30 周年大会上强调,依法治国,首先是依宪治国,依法行政,关键是依宪行政,要“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”。这些重要论述,丰富和发展了法治国家建设的内涵,对于依法治国的目标、要求、路径和时间表作了更加明晰的表述,具有重要的理论价值和指导意义。

二、努力建设公正、高效、权威的社会主义司法制度

全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家的一项重要内容,就是要不断改革和完善具有中国特色的社会主义司法制度。党的十七大报告为我国司法制度的建设指明方向,确定目标,就是要“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度”。随着司法改革的不断深化和诉讼法律的成功修改,我国司法制度正渐渐显现出“看得见的公正”、“能感受的高效”、“被认同的权威”的制度特色和改革成果。

(一) 以“看得见”的方式实现司法公正

英国著名法官休厄特曾言:“正义不仅应当得到实现,而且应当以人们能够看得见的方式得到实现。”让老百姓“看得见的公正”才是真正的公正。近年来,随着人民群众法律意识、维权意识显著增强,对司法公正的要求越来越高。一些重大且具有社会影响的案件如果在程序上存在问题或稍有瑕疵就容易受到社会的质疑,甚至引发舆论诟病;一些案件因程序不规范、不公正而损害司法



公信力甚至引起当事人的上访。因此，司法人员应当转变传统的司法观念，强化程序公正、过程公正的意识，着力解决人民群众反映的突出问题，以“看得见”的方式实现公正，切实让人民群众从每一起案件中感受到司法的公正。

“看得见的公正”包含三个方面：“看得见的公正程序”、“看得见的说理裁判”和“看得见的司法形象”。要实现“看得见的公正程序”，就需要司法机关严格遵照法定程序办案，坚持以事实为根据、以法律为准绳，坚持依法独立公正地行使职权，切实纠正重实体轻程序、重结果轻过程的传统观念和错误做法。对一切违反法定程序的诉讼行为要严格禁止，对权利遭受违法办案行为侵害的诉讼参与人要及时救济，对严重违反法定程序收集的证据要坚决排除。要实现“看得见的说理裁判”，就要求司法机关高度重视释法说理，夯实司法公正“看得见”的载体。司法人员在对案件作出处理后，应当采取适当方式做好对当事人的答疑说服工作，认真讲解相关证据的取舍、事实的认定和法律的适用。判决要说理，裁判文书要公开，要注重情、理、法的有机结合，增强司法办案的人文关怀和社会效果，尤其对于影响性案件、涉诉信访案件以及社会关注度较高的案件。要实现“看得见的司法形象”，就要求司法机关不断加强形象建设，凸显司法行为的公开透明。司法人员在司法活动中的形象作风、言谈举止甚至工作外的一举一动都影响着人们对司法的评判。要改进司法作风，强化为人民服务的宗旨意识，树立司法机关严格执法、公正司法、热情服务的良好形象。并且，要注重司法形象，在司法活动中注重职业礼仪，语言规范文明、态度耐心细致，展现司法人员良好的外在形象。要规范司法行为，严格遵守职业道德操守，廉洁自律。

（二）以“能感受”的方式实现司法高效

近年来，随着依法治国的推进和民众维权意识的增强，我国迎来了诉讼爆炸的时代，“案积如山，案多人少”日益成为我国司法机关面临的一个突出问题，如何合理节约司法成本、有效提高司法效率已经成为司法改革的重要内容。

实现“能感受的高效”应以实现“看得见的公正”为前提，不能突破司法公正的底线，不能只顾当前的个案效率，而忽视长远的整体效率。“能感受的高效”应当是司法个案的高效和社会整体效益的统一。实现“能感受的高效”不仅要算“人均结案”、“案均成本”的“经济账”，而且要算程序的功效是否得到充分发挥、司法资源是否得到充分利用、司法运作的公众印象是否良好的“法治账”。为此，实现“能感受的高效”既需要司法机关内部资源的优化，又需要外部社会力量的整合。因此，我们应从动态的、相对的、不断发展变化的，而非静止的、绝对的、一成不变的角度来实现“能感受的高效”。

实现“能感受的高效”，必须遵循司法工作的规律。遵循司法运作内在规律才能如庖丁解牛一般合理分配司法资源，区分案件的不同类型和复杂程度，针对不同案件投入不同的司法资源，以便有效节约司法成本。通过不断改革司法



工作机制,从整体上加强司法机关内部和外部工作的相互配合和衔接机制,避免不必要的拖延和低效率。实现“能感受的高效”,必须建立科学的司法效率评估机制。一套科学的评价标准和评价体系不仅能够全面客观地反映司法机关的办案质量和效率状况,而且还能通过规范司法人员的各项行为,激发其工作积极性。实现“能感受的高效”,必须强化司法的信息化水平。科技是第一生产力,运用现代科技是实现司法高效的重要手段。这就要求司法机关以信息化建设作为推进司法各项工作的切入点,在实践中会用、善用、巧用现代科技手段。

(三) 以“被认同”的方式实现司法权威

惩罚犯罪、化解纠纷是司法最基本的功能。而司法能否发挥其应有的作用和功能,使其价值最大化,很大程度上取决于司法的权威性如何,司法是否具有公信力。近年来,随着社会转型期的各类矛盾纠纷不断凸显,疑难复杂案件日益增多,矛盾化解难度逐渐加大,司法机关的工作面临着巨大挑战,其中司法权威不足的问题日益突出,已经成为影响公正、高效目标实现的重要因素。加强司法公信力建设,显得更加重要和紧迫。而强化司法权威是一个系统工程,既需要深化司法体制改革,优化司法职权配置,也需要加强司法机关与司法人员的自身建设,切实提高司法能力,还需要诉讼当事人、参与人和社会各界的理解、支持和认同。

实现“被认同的权威”,司法人员要做法律适用的释明者。理解才能产生信任感,没有什么比不知道为什么更让人难以接受的了。法律释明包括诉前的风险告知,诉中的辨法析理,诉后的裁判文书讲解及对当事人诉后行为的指导。司法之门是为公众平等敞开的,不能由于双方在诉讼能力上的不平等,使法庭成为强势一方玩弄诉讼技巧的竞技场,也不能由于普通民众法律知识的欠缺,使司法晦涩难懂,疏离于大众,两者都不利于司法权威在公众心中生根发芽。实现“被认同的权威”,司法人员要做公正、高效的践行者。以实体正义为终极价值,以程序正义为诉讼保障,通过具体案件的处理实现司法化解矛盾、定分止争的作用。在诉讼中,司法人员必须严格以事实为根据,以法律为准绳,依据证据认定案件事实,在查清事实的前提下适用法律,只有实体最终公正的裁判,才能赢得社会最广泛的认同和最持久的生命力。同时,要努力提高司法效率,避免案件久拖不决。迟来的正义非正义,诉讼久拖不决、案结事不了本身就是对司法公信力的严重损伤。实现“被认同的权威”,司法人员要做职业操守的卫道者。信誉与声誉是司法权威的基础,司法人员的良好形象和得当举止同样是提高司法公信力的重要方面。必须常抓不懈地加强司法人员的思想道德教育,加强司法人员法律素养建设,加强司法文化建设,培养刚正不阿、淡泊名利、无私奉献、忠于职守的司法职业队伍,以队伍的纯洁性保证司法的信誉与声誉,以换得公众认同。司法,因公众认同而权威。



三、加强公正、高效、权威的社会主义司法制度理论研究

公正、高效、权威是永恒的司法价值追求，建立公正、高效、权威的社会主义司法制度既是司法改革的总体目标，也是法学理论研究的重要内容。在司法制度理论研究方面，目前的学术研究主要集中于以下研究方向或重点：一是有关司法制度的基础理论研究，主要探讨司法的内涵与属性，明确司法内在的、特有的、具有普遍意义和必然性的司法规律，为我国司法制度的改革完善提供理论指导，明确发展方向和目标。二是有关司法体制工作机制方面的研究，主要探讨司法体制的现状与问题，司法职权的合理配置，司法权的行使与规制，为司法体制机制改革提出设想，制订方案，采取措施。三是有关外国、国际司法制度的比较研究，主要探讨具有代表性的一些国家的司法制度和诉讼程序，总结成功经验，吸取失败教训，分析外国和国际司法制度发展动向和趋势，以为我国司法制度建设提供借鉴和帮助。四是有关司法制度改革措施的实证性研究，即深入司法实际，了解司法运作的真实情况，查找司法实践中的突出问题，分析原因，寻求对策，并追踪司法改革措施的贯彻落实情况。

应当说，我国理论界对于构建公正、高效、权威的社会主义司法制度的研究成果比较丰硕，路径比较多元，并且许多理论研究成果已经对立法和司法产生积极的推动和促进作用。但是，相对于建立公正、高效、权威的社会主义司法制度的总体目标和满足司法改革的迫切需要而言，理论研究还相对薄弱，总体有待加强。

为此，作为教育部人文社会科学重点研究基地的中国政法大学诉讼法学研究院，根据党的十七大作出的“深化司法体制改革”的战略部署，以促进司法公正、提升司法效率、强化司法权威为研究重点，成功申请了2007年国家社科基金重大招标项目“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究”（项目批准号：07& ZD032），以卞建林教授为首席专家，汇集我国从事司法制度和诉讼程序理论研究和司法实务工作的专家学者，组成课题攻关团队，共同承担这一宏大课题的研究任务。总课题下分司法制度基础理论研究、司法体制改革研究、刑事司法制度研究、民事司法制度研究、行政审判制度研究和新型司法制度研究等子课题。全体课题组成员对完成课题高度重视，认真负责，殚精竭虑，历经多年的调研、讨论，发表了诸多阶段性成果，并最终形成由六本著作构成的“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究”的系列成果，分别是《中国司法制度基础理论研究》、《中国司法体制改革研究》、《公正高效权威视野下的刑事司法制度研究》、《公正高效权威视野下的民事司法制度研究》、《公正高效权威视野下的行政司法制度研究》、《公正高效权威视野下的新型司法制度构建》。在课题研究过程中，时值《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》修改，党的十



八大召开并对依法治国提出新要求，作出新部署。课题组适时跟进时代进程，对研究内容与研究成果进行了多次修改和调整。特别令课题组感到欣慰的是，随着《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的成功修改，本课题的许多研究成果已被吸收到立法修改和相关司法解释之中，成功实行成果转化，产生了积极的社会效应。诚然，全面推进依法治国，建设公正、高效、权威的司法制度，特别是建设完善具有中国特色的社会主义司法制度是一项宏大的课题和艰巨的任务，尽管作为一项课题，我们的研究暂告一段落，但显然这项任务还远未完成，需要参加本课题研究的同志继续努力，深化研究，产出更多更好的成果，同时呼唤更多的同行专家学者一起加强司法制度理论研究，为建设我国公正、高效、权威的社会主义司法制度而共同奋斗！

课题首席专家：卞建林

2013年7月10日

目 录

导论 迈向实质法治	1
一、区分标准	2
二、转型方式	9
三、关键措施	13
四、保障措施	16
提要	19
上篇 公正	20
第一章 立足公民诉权的有效保护	22
一、意义和问题	24
二、要素与结构	27
三、有效保护	36
提要	44
第二章 力求诉讼目的均衡	46
一、意义和问题	47
二、观点和立场	56
三、内容与方法	63
提要	68
第三章 扩大受案范围	71
一、意义和问题	73
二、宪法层面的标准	74
三、行政法层面的标准	82
四、诉讼法层面的标准	91
提要	95
第四章 放宽原告资格	97
一、意义和问题	98
二、比较分析	107
三、利害关系理论	149



四、结论和对策	157
提要	165
第五章 拓宽第三人的范围	167
一、意义和问题	168
二、放宽限制	171
三、细化分类	175
提要	179
中篇 高效	181
第六章 优化职能配置	183
一、意义和问题	184
二、完善结构	189
三、恪守界限	200
四、适度能动	203
提要	224
第七章 完备诉讼类型	226
一、意义和问题	226
二、比较分析	228
三、增补客观诉讼类型	241
提要	245
第八章 协调诉讼关系	247
一、意义和问题	248
二、比较分析	254
三、协调方案	261
提要	264
第九章 平衡举证负担	266
一、意义和问题	268
二、法官裁量主导	270
三、适当加重原告的举证负担	273
四、灵活调整证明标准的刻度	290
五、慎用推定和认知	296
六、必要时补充调查	298
提要	302
下篇 权威	303
第十章 着眼行政诉讼本质	306
一、意义和问题	307



二、观点评价	310
三、哲理分析	316
四、法理分析	320
五、本质属性	323
提要	328
第十一章 开展公共政策协商	329
一、意义和问题	330
二、政策分析	333
三、协商共识	339
提要	350
第十二章 完善争议和解制度	352
一、意义和问题	353
二、历史分析	355
三、比较借鉴	361
四、制度建构	366
提要	378
第十三章 促成公私合作	380
一、意义和问题	382
二、程序合作主义	389
三、当事人的程序协力义务	392
四、法官的程序引导职能	393
五、圆桌型的法庭格局设计	397
提要	401
第十四章 加强检察监督	402
一、意义和问题	403
二、理论基础	408
三、完善行政抗诉程序	433
四、开创行政公诉程序	442
提要	448
基本文献	450
后 记	456

形式法治建设发展到一定程度之后,国家的法治文明形态就会迈向更高层次的实质法治建设阶段。从有关学理文献^①来看,中外学界对此存在比较普遍的共识。由此可以认为,形式法治与实质法治的阶段性划分和有序递进是国家法治文明建设的客观规律。

按此考察我国自改革开放以来的法治建设历程,可以发现其中也蕴涵着两个阶段

① 罗豪才:《现代行政法制的发展趋势》,载《国家行政学院学报》2001年第5期;沈岿:《因开放、反思而合法——探索中国公法变迁的规范性基础》,载《中国社会科学》2004年第4期,转载《宪法与行政法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第427~448页(结合“李素娟法官认定地方性法规无效案”,将社会的可接受性作为公权力措施合法性的标准之一,为此提出了开放反思型的法律思维方法);何海波:《形式法治批判》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版,第8~83页(结合“刘燕文诉北京大学案”中海淀区人民法院一审裁判奉行“正当程序”的观念,对片面机械的形式法治做法进行批评);金国坤:《从形式法治向实质法治的转变》,载《学习时报》2010年5月24日(针对《依法行政纲要》的评价);毕洪海:《转型中的行政法学》,钟瑞友:《中国行政法范式二十五年之演进》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第7卷),法律出版社2004年版,第355~398页、第454~501页;王敬波:《行政法关键词三十年之流变》,载《法学研究》2008年第6期。

罗豪才主编:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版(以“平衡论”为哲学基础的制度建设);江必新著:《行政法制的基本类型》,北京大学出版社2005年版,(中国行政法制发展的三种类型,目前处于从“以法行政”向“依法行政”的转变阶段);何海波著:《实质法治——寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版(对司法审查制度自身的实质合法性基础进行了细致深入的分析);沈岿:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版(针对公法领域中的形式法治建设,针对公权力的合法性问题进行开放性的反思);马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2002年版,第165~168页(建立在市民社会多元价值追求和评判基础上的“公共理性”决定着国家权力统治的合法性)。

陈新民:《德国19世纪“法治国”概念的起源》、《国家的法治主义》、《法治国家理念的灵魂》、《社会主义法治国之概念》,载陈新民著:《法治国公法学原理与实践》,中国政法大学出版社2007年版,第52~219页;陈新民:《国家的法治主义——英国的法治(the Rule of Law)与德国法治国(Der Rechtsstaat)之概念》,载陈新民著:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第37~114页。



划分的典型因素。以1999年3月“依法治国方略”入宪（第5条第1款），2004年3月“人权保障条款”（第33条第3款）和“政治文明条款”入宪（序言）为标志，以国务院于2004年3月发布的《全面推进依法行政实施纲要》和2007年10月党在十七大报告中提出“建设公正、高效、权威社会主义司法制度”的目标为里程碑，我国近年来的法治建设已经开始从形式法治建设的阶段逐步迈向实质法治建设的历史新阶段，我国政治文明持续进步的历史道路由此奠定。从政策的连续性和稳定性来看，这对正确理解和贯彻党和国家即将出台的各项方针政策也具有重要的指导意义。

笔者由此认为，实质法治将是我国行政审判制度未来发展的基本方向，而行政诉讼法的修改则应当成为我国行政审判制度从形式法治迈向实质法治的契机。

一、区分标准

关于两种法治类型的区分，中外学界同仁从不同的角度进行了卓有成效的探索^①。

① 卓泽渊著：《法治国家论》，法律出版社2003年版，第10~11页（形式法治与实质法治国家的区别）；卓泽渊著：《法政治学》，法律出版社2005年版，第118~265页（第3编“法与国家”），第136~137页（形式法治国家与实质法治国家的区别，“本书的有关论述也是以实质上的法治国家为核心的”）。

孙国华主编：《社会主义法治论》，法律出版社2002年版，第281~309页（第10章“人权与社会主义法治”）。尽管该书于第218页声称：“追求人权是法治发展的推动力，也是法治的核心内容，一种远离人权的统治极有可能是一种恶法之治”；但是，从全书的体例编排和本章的叙述来看，人权保障只是社会主义法治建设事业中的“事业”之一。

齐延平著：《人权与法治》，山东人民出版社2003年版。该书明确地将人权、民主与法治作为近现代人类政治制度的中心架构，将民主与法治作为人权的两翼：“人权如果不是望梅止渴，就必须是由民主之政与法治之制来支撑”（第3页），将有效的司法保护、和平与和谐的社会权力结构作为人权保障的两个支柱。

高鸿钧：《两种法治类型》，<http://www.yfzs.gov.cn/gb/info/xsll/xfx/yfzgl/2003-05/12/1536352640.html>（2003年5月12日发布），2012年5月12日浏览（对形式法治与实质法治的区别作了简要而又精当的分析）；郭文钦：《论法的形式合理性》，<http://www.yfzs.gov.cn/gb/info/xsll/2006-08/26/2154557940.html>，2012年5月12日浏览（以韦伯在《经济与社会》一书中所提出的形式合理性与实质合理性的区分为分析路径）。

[英] P. 诺内特、P. 塞尔尼兹克著：《转变中的社会与法律：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版。通过压制型、自治型、回应型三种法律模式的分析，描述当代法治文明形态的转变方向。第18页的表格关于三种法制模式的要素对比对理解形式法治与实质法治的区分标准具有实质性的启发意义，而作者所言的“回应型法”与本章所言的“实质法治”异曲同工。

Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, Politikerwissenschaft, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck Muenchen 1999, S. 295-310 (§ 30 Prinzip der Rechtsstaat), Insbesondere S. 297, (Unter den Rechtsstaatlichen Grundsätzen finden sich aber nicht nur Form-Prinzipien staatlichen Handelns, sondern auch Grundsätze materieller (d. h. inhaltsbezogener) Rechtsstaatlichkeit. Solche inhaltlichen Kompetenzen der Rechtsstaatlichkeit liegen insbesondere in den Grundrechtsgarantien... Inhaltliche Kompetenzen der Rechtsstaatlichkeit liegen auch im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit... Nicht zu Letzt liegen inhaltlichen Anforderungen an der Rechtsstaatlichkeit in dem Gebot, Regelungen zu treffen, die der Natur des Menschen und der Sachverhalte angemessen sind). 关于该段的译文，参见[德]齐佩利乌斯著：《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第354页（最后一段）。



一般认为，作为近现代民主政治建设的制度保障，两种法治形态均以人的幸福为国家的核心目的和任务，因此与封建专制下的法治分道扬镳。两种法治文明形态的主要区别在于，形式法治建设的重点是人权消极的保护、国家法律体系框架的完备性和公权力行为外在表现形式的合法性，亦即所谓的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”；而实质法治关注的重点是人权的积极保护、国家法律制度实质正义属性和公权力措施的实质正当性，亦即所谓的“良法”之“善治”。

笔者认为两者的主要区别在于：一是自然法的分水岭，亦即在观念的层面，自然法上的超验价值内核是否深入国家法律制度整体的灵魂之中，成为国民的坚强共识和公权力机关的坚定信念；二是人类文明共同体法的分水岭，亦即在制度的层面，人类文明共同体法上的一般法律原则是否坚定地确立起来，从而使本国法律制度得以在保持民族特色的同时融入人类文明共同体法的大家庭，在与世界法治文明发展保持同步的同时，大力发扬民族文化传统以形成国家独有的制度竞争优势。

(接上页注) Peter Badura, Staatsrecht, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck Muenchen 2003, S. 311 – 334 (In einem eingegengten “formalen” Sinn wurde die Gesetze das Kernstueck des Rechtsstaats auch nur in der Gesetzmaessigkeit der Verwaltung gesehen, unter Aussparung also der verfassungstaatlichen und inhaltlichen Elemente des Rechtsstaatsgedankens fuer den Aufbau und die Taetigkeit des Staats. In diesem Sinne wurde der Rechtsstaat dem “Polizeistaat” gegenuebergestellt, allerdings mit der mit geachten Praemisse, dass die Staatsaufgaben und damit die moeglichen Inhalte der Gesetze sich im wesentlichen auf schutz von Freiheit und Eigentum des einzeln beschraeken wuerde. In der Weimarer Zeit wurde einem nur formal verstandenen Rechtsstaat der “materiale” Rechtsstaat entgegengesetzt, ein Rechtsstaat naemlich, in dem auch bestimmte sachliche Anforderung an die Staatsaufbauen und die Gesetzgebung bestehen. Das Gundgesetz folgt dieser Vorstellung, indem es “sozialen” Rechtsstaat als Verfassungsprinzip auggestellt und betont auch die Gesetzgebung inhaltlich an die Verfassung bindet). 巴杜拉教授从警察国时期、魏玛时期与基本法时期比较的角度来说明形式法治与实质法治的区别。形式法治与警察国的国家形态相对应，以公民消极自由的保障为核心而将国家任务的范围严格地限于秩序维护的角色。作为过渡阶段的魏玛宪法时期，实质法治国家的因素开始增长，如“社会法治国家”的入宪，但很不全面、成熟和稳定。当代以基本法为标志的社会法治国家是实质法治的因素臻于成熟、完备的法治文明形态。

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., S. 75 – 80 (§ 9 Die Verwaltung im Buergerlichen Rechtsstaat), Insb. 75 – 76. 关于该部分的内容，参见 [德] 沃尔夫等著：《行政法》（第1卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第75～76页。就公民权益保护（人权保障）作为国家的核心目的而言，形式法治与实质法治是一致的。这一点使法治国家与专制国家区别开来。在人权保障方面，形式法治着重法律形式要素的完备（7个标准），而实质法治着重法律内容要素的完备。两者之间的另一个区别在于法律制度漏洞的大小和多少，裁量权缺乏有效的法律约束、特别权力关系游离在法律救济的范围之外是形式法治阶段存在的最为明显的两大制度漏洞。



(一) 第一道分水岭：自然法的根基是否深厚^①

自然法的根基是否深厚是形式法治与实质法治得以区分的第一道分水岭。只有在诸如尊严、生命、自由、平等、民主、秩序等自然法上的超验价值内核深入大多数国民的法律意识之中，成为社会主流意识形态中的内在组成部分，进而成为公权力机关所奉行的坚定而又明确的指导观念时，一个国家的法律制度整体才算是具有了实质法治的灵魂。

诚如人的成长历程，在青春期发育起来的只是年轻的身体而已，要底蕴丰厚、修养美好、信念坚定、品质稳定、身心协调的成人心智，则需要远比青春发育期漫长和艰苦的磨炼和积累；至于要成为担当大任的人才，则需要更为艰苦、全面、复杂、综合的历练。法治文明形态的进步过程也是如此，形式法治建设阶段就好比青

① 文献：关于神定的自然法。[法] 雅克·马里旦著：《自然法——理论与实践的反思》，鞠成伟译，中国法制出版社 2009 年版。[法] 莫莱里著：《自然法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆 1982 年版（人类的自然性决定人类的社会性，人类应当按照人的自然属性安排社会生活方式，而不是相反）；马清槐译：《阿奎那政治著作选》，商务印书馆 1963 年版（神定的自然法是神的理性本身，而人定的自然法是神的理性在人类理性中的反映）。[德] 萨缪尔·普芬道夫著，[英] 詹姆斯·图利编：《论人与公民在自然法上的责任》，[英] 迈克尔·西尔弗索恩英、支振锋译，北京大学出版社 2010 年版，第 6~44 页（人类行为、人类行为规则与自然法。作者在第 37 页区分神法与人法、自然法与实在法时指出：“通过人类的本然理性及普遍的人类本性反思，自然法就可被描绘和知晓”）。

关于人定的自然法。[法] 霍尔巴赫著：《自然政治论》，陈太先、哇茂译，商务印书馆 1994 年版（从自然法的角度探寻政治体制，作者于第 29 页指出：“总而言之，在任何时候和任何环境中，自然法的存在都是为了确定我们的行为。它是我们力量的支柱，是我们的指路明星。遵守自然法是我们的安全、我们的幸福以及我们快乐的保证。自然法指示我们要成为对同伴有益、受同伴喜欢的人。……人们一旦在内心理性的驱使下向简单明白的法典请教，就会得到幸福；为了本身的利益，这种法典早就该摆在眼前了”）。[英] 霍布斯著：《法律要义——自然法与民约法》，张书友译，中国法制出版社 2010 年版，第 88~108 页（自然法是神谕的理性）。[德] 费希特著：《自然法权基础》，梁志学译，商务印书馆 2004 年版（自然法作为人类客观、绝对、先验的理性，决定着实在法的精神）。

关于自然法作为法律自身之合法性的认定标准。[美] 富勒著：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 49~54 页、第 112~124 页（法律本身存在合法性问题，而自然法作为法律道德性的实质内核，是实在法是否合法的认定标准）。

关于宪法领域中的自然法。[美] 卡尔·J. 弗雷德里希著：《超验正义——宪政的宗教之维》，周勇、王丽芝译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版（从宗教改革史的角度探寻宪法的自然法基础，将“人本主义”作为宪政观念的精髓）。

关于司法审查中的自然法。[美] 约翰·哈特·伊利：《民主与不信任——司法审查的一个理论》，朱中一、顾运译，法律出版社 2003 年版，第 47~53 页（自然法）。[美] 西尔维亚·思诺维斯著：《司法审查与宪法》，谌洪果译，北京大学出版社 2005 年版，第 67~72 页（自然法在美国司法审查发展早期阶段作为准据法）。

关于自然法学说的梳理。[意] 登特列夫著：《自然法——法律哲学导论》，李日章、梁捷、王利译，新星出版社 2008 年版。[美] 列奥·斯特劳斯著：《自然权利与历史》，彭刚译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版。[美] 亨利·维希：《自然法：死亡还是复活？》，载 [法] 雅克·马里旦著：《自然法——理论与实践的反思》，鞠成伟译，中国法制出版社 2009 年版，附录。



春发育期，形成的只是比较完整的法律体系框架；实质法治就好比成年磨炼期，形成的是一套成熟稳定的法治信念、行动原则和是非标准。至于要进而在此基础上成为引领世界法治文明发展方向、推动世界法治文明发展的样板法律制度，则需要全体国民自觉地进行更为长期、更为艰苦的磨炼和积累。

自然法是理性公民成熟心智的规范化表达。它是深藏在人性之中的美德，是人类原初固有的道德品质。它或者表现为宗教的神谕和戒律，或者表现为天意——天理和公道——的启示，或者表现为哲人们描述的理想国、基督城、太阳城、乌托邦，或者表现为人们日常风俗习惯，或者表现为公权力机关制定和实施的实在法律规范。但是，无论来源何处，采取何种的表现形式，自然法之所以被尊崇为神圣的理性、超验永恒的伦理，是因为它是人性内在固有的美德。只要人性不泯灭，那么自然法就不会泯灭。在人类历史的不同阶段，人性的美德时而被彰显，时而被遮蔽和淹没，而自然法亦随之而被彰显、被坚守，或被遮蔽、被隐昧、被亏害乃至被淹没。但是，永恒的自然法之所以永恒，是因为人类良心和美德的永恒；神圣的自然法之所以神圣，是因为人性尊严的神圣。

当自然法上神圣超验的价值内核从个人的美德升华为国家的美德，进而内化为一个国家法律制度之如如不动、熠熠生辉的观念灵魂时，国家的法治文明形态就进入了实质法治建设的历史阶段。凡一国法律制度在整体上缺失这种自然法上的灵魂内核的，则必属专制之恶法，虽可以使国家一时强大，但必然遗祸后世、功亏一篑，以商鞅变法为代表的战国时期诸国之变法即属此例。凡一国法律制度的整体之中已经萌生了这种自然法上的灵魂内核，但因不全面、不成熟、不坚定而很有可能误入专制恶法泥潭之中时，则步入了形式法治建设的阶段，德、日两国在第二次世界大战以前逐步建立起来的法律制度即属于此例。只有自然法上的超验价值内核全面、明白而又坚定地深入一国法律制度整体的“心灵”之中，并且逐渐地内化为所有法律规范的内在一致的精神时，就像从心脏泵出的新鲜血液深入每一个毛细血管之中从而得以滋养全身肌肤那样，一个国家的法律制度才算是进入了实质法治建设的阶段，德国在第二次世界大战之后建立起来的以基本法为标志、以社会法治国为核心内容的法律制度体系即属此例。

自然法上的超验价值内核既然发源于人性深处的美德，那么它在世界各国人民的内心深处都是一样地潜在着。东方儒家传统文化、中东伊斯兰文化、西方基督教文化只是世界各国人民领会、表达和贯彻自然法的方式和程度不同而已，并无优劣之分。对我国来说，自鸦片战争以来的法制变革历程正是自然法上的超验价值内核在中国传统文化的土壤之中逐渐苏醒、萌芽、发育、生长，逐步地走向成形、成熟和发达的过程。

就此而言，以行政审判特有的程序、语言和方式去发现、阐述和适用那些具有人类普适性的自然法则，确立一套切合公法性质的自然法观念，并且形成一套将自然法转换为实在法的法律解释和法律推理的方法论，应当是完善我国行政审判法律依据理论的一个崭新的课题，也是建构现代实质法治主义的行政审判制度的一个重