

# 社会转型时期的法治发展规律研究

袁曙宏 韩春晖\*

---

**内容提要:**社会转型是一个价值更替、秩序重构和文明再生的过程,是一个国家和民族承继以往优秀传统、解决当前现实问题、规划未来发展方向的关键时期。西方国家在社会转型过程中法治的发展既呈现出鲜明的个性色彩,又包含着基本的共性特征;既植根于各国的传统和国情,又遵循了基本的法治规律。我国当前正处于急剧的社会转型过程中。西方国家社会转型时期法治建设的共性特征、基本经验和一般规律给我们以诸多启迪与借鉴,也有助于我们预测和把握我国法治的未来发展趋势。

**关键词:**社会转型 法治建设 法治道路

---

社会转型是一个价值更替、秩序重构和文明再生的过程。我国的社会转型,“主要是指经济体制从计划经济向市场经济的转轨,所有制结构由单一的公有制向以公有制为主体的多种所有制转变,治国方略从人治向法治的转变,社会环境由封闭型逐步向开放型发展,以及国家社会高度统一的一元结构向国家和社会二元结构过渡。”〔1〕这是当前我国法治建设无法回避的现实问题,无法脱离的时代背景。它深刻地注解着我国经济增长持续、社会观念激变、各项改革迭出和民主化进程发展迅速等所有社会现象,也从根本上决定了我国法治建设中必然面临的一系列冲突和难题。

西方国家也曾先后经历了社会转型的过程,它们的法治建设同样经历了深刻的历史变革。西方国家的法制变革一般开始于19世纪末期,急剧发展于20世纪前期和中期,特别是二战以后,最晚完成于20世纪90年代。这种变革主要为两种因素所推动:一是工业化的发展和完成;二是福利国家的兴起和发展。社会转型中的西方各国,也都曾面临着如何协调自由与秩序、公正与效率这两组价值矛盾的历史性课题。就法治建设而言,其中蕴藉着价值取向的整合与更替、法治主题的转换与深化、法治道路的取舍与抉择、治理模式的融合与重构、权力监督的失灵与再造、权利救济的探索与完善以及私法精神的张扬与微调等一系列重大问题。它们的解决思路,既呈现出鲜明的个性色彩,又包含着基本的共性特征;既植根于各国的传统和国情,又遵循了一般的法治规律。本文拟通过对西方国家在社

---

\* 袁曙宏,国家行政学院教授;韩春晖,北京大学宪法与行政法研究中心助理研究员。

〔1〕 罗豪才:《社会转型中的我国行政法制》,《国家行政学院学报》2003年第1期。

会转型过程中、特别是二战后法治建设共性特征的研究,<sup>[2]</sup>来探求各国现代法治建设的基本经验,以期对我国社会转型中的法治建设有所借鉴和启迪,并对我国新世纪法治建设的发展趋势进行理性预测。

## 一、社会转型时期西方国家法治建设的共性特征

大凡社会转型比较成功的国家,其法治建设的价值取向总是集中地反映了特定国家特定时期的社会情况和基本矛盾。与此同时,法治建设的价值取向又会对社会发展起着巨大的推动作用。总之,法治建设的价值取向与社会发展两者之间呈现出一种互促互动的良好态势。受这种价值更替所主导,它们的法治建设呈现出一些共性的特征,主要表现在以下四个方面:

### (一)法治建设重心从私法到公法转移

法治社会的生成在一定意义上标志着社会转型的完成和法制现代化的实现。它是一个不断削弱政治专权、捍卫个体尊严、保障个人权利的过程。相对而言,这些基本理念与私法的平等、自由、开放、私权神圣以及意思自治的核心精神具有一贯的一致性,更易于在私法中得到贯彻和实现。另外,私法与公民的经济生活息息相关,无法分开;社会法与公民的社会福利紧紧相联,不可分离;公法与公民的政治权利相互交融,难以割断。而社会转型主要是从不完善的市场化到完善的市场化,并走向福利国家的过程。在这一过程中,对私法的需求先于对社会法的需求,而对社会法的需求又先于对公法的强烈渴望。因此,从各国社会转型时期法治建设的过程来看,它们法治建设的重点普遍经历了“先私法后公法”的发展道路。具体来看,大致体现为私法的完善、社会法的出现和公法的崛起三个阶段。当然,这三个阶段并非泾渭分明,在某些时期三个阶段或者相互融合,或者交互发展。

1. 私法的完善。美国最剧烈的社会转型主要发生于19世纪末到20世纪前期。<sup>[3]</sup>在19世纪末之前,美国经济基本上采取自由放任的政策,法治建设的重点放在完善市场竞争要素的私法领域,基本体现为判例法的形式。19世纪末才开始制定某些统一的成文法,主要表现在商业方面,如1896年的《统一流通票据法》和1906年的《统一买卖法》。之后不断完善,到1968年《消费者信贷保护法》和《统一商法典》第2篇的颁布,标志着美国私法变革的完成。<sup>[4]</sup>德国的社会转型主要发生于二战之后,自1949年颁布的《德国基本法》肇始并以此为基础。但是,该法最先推动的却是德国私法的发展和变革。《基本法》承认所有权、契约自由、遗嘱自由等各种自由权,并为把这些自由权直接适用于私人提供了宪法依据。为了与基本法确立的基本原则相适应,并满足社会经济关系发展的需要,联邦德国在私法领域进行了一系列的立法活动。如1952年的《企业组织法》、1957年的《男女平等权利法》、1965年的《股份公司法》和1976年的《收养法》,以及从1979年开始了民法典债务关系法编的修正工作。<sup>[5]</sup>至此,德国的私法渐臻完善。苏联解体后的俄罗斯也正处于急剧的社会转型过程中。整体上看,20世纪90年代期间,其法治建设的重点主要放在宪法和私法方面。如1993年颁布了宪法,新民法典的第一部分和第二部分分别于1995年和1996年生效实施,其第三部分也正在制定之中。

[2] 从法制的角度而言,英、美是普通法系的代表性国家,法、德是大陆法系的代表性国家。日本则比较特殊,自明治维新以后,日本开始向西方学习,其法律制度开始“脱亚入欧”。在二战以前,日本的法律制度属于大陆法系;在二战以后,日本的法律制度又转向英美法系。不论形式上还是精神上,日本的法制都体现出非常明显的西方特征,所以我们也把它放在西方国家中来考察。俄罗斯是中国周边国家中正在转型的国家,对我国有很强的借鉴意义。因此,本文主要以英、美、法、德、日、俄六个国家的经验作为考察对象。

[3] 美国历史上似乎存在某种改革的传统,一直变动不居,生生不息。因此,在一定程度上,美国社会一直处于不断地转型之中。参见李剑鸣:《大转折的年代——美国进步主义运动研究》,天津教育出版社1992年版,第90页。本文基于研究的需要,选取了工业化引起美国社会急剧变化的时期作为考察的切入点。

[4] Richard. E. Speidel:《美国商法典的立法背景及发展趋势》,http://als.nease.net/tujian/mgshfd.htm, 2005-2-21。

[5] 参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社2000年版,第272页以下。

2. 社会法的出现。美国在私法变革的过程中,其社会法也开始出现。1935年颁布了《社会保障法》,为整个社会保障体系的建立奠定了坚实的法治基石。德国法治的发展也是如此,与私法变革紧紧相随的是带有强烈公法性质的经济法和社会法的出现。如1951年的《解雇保护法》、1957年的《反对限制竞争法》、1978年的《损害赔偿任法》等。特别是1975年颁布的《社会法典》,对社会福利、社会救济和社会补偿制度作了具体而系统的规定。<sup>[6]</sup> 这些法律都贯穿了社会主义市场经济的主导思想,国家主义原则贯彻始终,具有很强的公法特征。90年代中期的俄罗斯,其法治建设的重点也转移到了社会法领域,例如1994年颁布了《俄罗斯联邦劳动法典》草案,但因遭到各方激烈批评而至今未获国家杜马联邦委员会的通过。因此,为弥补该法典悬而未决所带来的困境,俄罗斯联邦于1995年11月颁布了《解决集体劳动纠纷的程序》。<sup>[7]</sup>

3. 公法的崛起。20世纪以后,现代公法发展日显其重要性、成熟性和整体性,并开始全面崛起。<sup>[8]</sup> 美国成文的公法首先出现于罗斯福“新政”时期。1946年《联邦行政程序法》、《联邦侵权赔偿法》和1950年《司法审查法》的颁布,标志着美国行政法体系的基本确立;而1967年《信息自由法》和1976年《政府公开法》的颁布,进一步表明美国行政法作为一个公法部门的崛起。<sup>[9]</sup> 另外,虽然美国至今没有制定统一的刑法典,只是在1962年公布了一部《标准刑法典》草案,供各州立法参考。但自70年代以来越来越多的州承认并在司法实践中采纳该草案中的罪名,昭示着刑法作为一个公法部门也正在发生着深刻的变革。私法的变革和社会法的出现,也推动了德国公法在20世纪60、70年代以后的迅速发展。如1960年颁布的《行政法院法》,建立了德国统一的行政法院制度,是行政法制变革的开始;1976年颁布的《行政程序法》,是德国行政法的基本法,表明德国行政法进入成熟阶段。1975年生效的刑法,是德国1871年刑法典之后的第一部完整的现代刑法典。总之,到20世纪70年代末,德国公法作为一个整体已经崛起。在90年代后期的俄罗斯,其法治建设的主要成果也产生于公法领域,如1996年5月颁布的《俄罗斯联邦刑法典》、1996年12月颁布的《俄罗斯联邦刑事执行法典》。而自1997年4月开始,俄罗斯刑事诉讼法典也正处于不断讨论和修正之中,成为该国法治建设的一个热点问题,1998年12月对《检察法》的修改和补充也是俄罗斯公法建设的一项重要成果。

综上所述,各国转型时期的法治建设并非没有重点,齐头并进。当国家的根本大法宪法确立之后,一般是先完善私法,继而制定社会法,最终推动公法的崛起。

## (二) 遵循“国家辅助性作用”之原则

在社会转型过程中,西方各国的法治建设都着重处理“政治国家”与“市民社会”两者之间的关系。它们将两者明确区分,以既避免政治的社会化,也避免社会的国家化,并在总体上遵循着“国家辅助性作用”的基本原则。<sup>[10]</sup> 国家辅助性作用原则要求,在处理国家与社会的关系时私人自由优先,因而个人责任与协作优先于国家责任。具体而言,体现在国家权力的归位、社会公权力的勃兴和公民权利的拓展三个方面。

1. 国家权力的归位。美国前总统富兰克林·罗斯福认为:“什么样的事情应该由政府来做呢?这件事情很有必要办,老百姓也很愿意办,那么就让老百姓办;这件事情很有必要办,老百姓也很愿意办,但是能力不够,那么就以民办官助的形式来办;这件事情很有必要办,但是老百姓没有兴趣去办,

[6] 前引[5],何勤华主编书,第300页以下。

[7] 参见张寿民:《俄罗斯法律发达史》,法律出版社2000年版,第289页。

[8] 参见袁曙宏:《论建立统一的公法学》,《中国法学》2003年第5期。

[9] 参见姜明安主编:《外国行政法教程》,法律出版社1993年版,第220页以下。

[10] 国家辅助性作用原则涉及两个方面的关系:一是国家与私人经济的关系。在这一关系中私人自由优先,个人责任优先于国家责任。二是涉及国家的经济行政组织。较低的地方行政优先于上级行政,自治团体优先于国家。参见[德]罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,苏颖霞、陈少康译,中国政法大学出版社1999年版,第114页。

那么这件事情应该官办。”<sup>[11]</sup>可见即使是通过“新政”举措大力扩张政府权力的罗斯福,也主张国家权力不是无边界的。在二战期间,几乎所有西方发达国家都对经济进行干预;而到了20世纪60、70年代,它们又几乎无一例外地出现了经济滞胀的状况。为此各国都纷纷进行行政改革,减少政府对经济的干预。美国80年代的“里根革命”,试图把联邦政府对经济的干预减少到最低限度;英国也自1979年撒切尔夫人执政后,围绕限制政府干预经济权力采取了一系列的改革措施。英美的行政改革为许多国家所效仿。20世纪80年代以后,新西兰、日本和比利时等国家都不同程度地进行了行政改革。<sup>[12]</sup>这些改革都进一步强化了有限政府的理念,要求国家权力回归到适当的功能定位,退出一些不该管的领域,进入一些应该管的领域,加强一些没管好的领域。这一理念在法律上主要体现为司法审查密度的强化、法定程序的严格化和行政过程的公开化,以多层次多渠道对国家权力予以制约。比如,自1970年以后,美国最高法院在一些判决中相继赋予消费者、环保主义者、公益目的的社会团体以原告资格,扩大了司法审查原告资格的范围。<sup>[13]</sup>对自由裁量权的审查标准也趋于严格,对行政权力行使的事后控制总体上得到了加强。同时,制定严格的行政程序,以对行政权力进行事中控制。英国于1958年制定的《裁判所和调查法》,也明确规定行政裁判适用“司法性”程序,并严格规定了违反法定程序的责任。“如果法定程序的某个部分未得到适当的遵守,或者有违反自然公正原则的情形,那么就将导致调查和随后据此制定的任何命令归于无效。”<sup>[14]</sup>另外,行政公开的法律也促进了国家权力的规范化。如美国1967年的《信息自由法》、1976年的《政府信息公开法》和1982年的《联邦咨询委员会法》,都致力于促进行政公开,保证公众的知情权,监督行政权力的行使。

2. 社会公权力的勃兴。20世纪60年代以来,英美等发达资本主义国家发生了一场广泛的“结社革命”,即“第三部门”运动。这一时期,成千上万的第三部门组织出现在这些国家,范围涉及环保、医疗、宗教、慈善和教育等诸多领域。独立的第三部门在这些领域中可能比国家更能有所作为,因而国家职能开始向这些公共组织转移,社会公权力得以勃兴。只要是权力,就会产生腐败、滥用和侵权;因此,“现代行政法将国家行政以外的社会公行政纳入行政法的调整范围就不仅具有必要性,而且随着市场经济的发展和社会公权力作用范围的扩大越来越具有迫切性。”<sup>[15]</sup>这种法治需求非常鲜明地体现在各国转型时期的法治建设中。美国绝大多数的行政机构和公共组织的组织法都规定,对公共组织的公权力行为可以提起司法审查;英国的社会公共组织也是经议会法律授权才能获得公共权力,其行为也要受到越权无效和自然公正原则的法律控制;法国的公务法人也属于行政主体,同样属于行政诉讼的被告,可以由行政法院予以审查;日本最高法院也自1981年的大阪空港案件后,逐渐将许多社会公权力的行使纳入了司法审查的范围。<sup>[16]</sup>

3. 公民权利的拓展。在西方各国20世纪的社会转型过程中,公民权利的拓展主要体现在形形色色社会权利的产生和公权利的兴起上。在二战后,许多西方国家的宪法都规定了公民的经济、社会权利,如居住权、迁徙权、私生活权利、生存权、劳动权和团体交涉权等等,公民的基本权利从人身权拓展到政治、经济和文化等各个方面。“公民的经济、社会的自由之要求,‘构成近代西方国家宪法价值体系的根本’,其中特别是‘经济自由成为近代国家的基础’。”<sup>[17]</sup>与此同时,公民“积极地位的收益权”、“能动地位的参政权”不断兴起,公民权利的格局从原来以“消极地位的自由权”为主,发展到与“积极

[11] <http://news.sohu.com/49/63/subject202506349.html>, 2005-10-26。

[12] 参见王敏凯:《西方国家政府职能适应经济发展的改革特征》,《经济工作导刊》2002年第6期。

[13] 参见罗豪才主编:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版,第225页。

[14] [英]韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第703页。

[15] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第10页以下。

[16] 参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第729页。

[17] 罗豪才、吴瀚英:《资本主义国家的宪法和政治制度》,北京大学出版社1983年版,第102页。

地位的收益权”、“能动地位的参政权”三者并重。<sup>[18]</sup> 比如,美国 1967 年颁布的《信息自由法》、1976 年颁布的《政府公开法》和 1978 年颁布的《联邦咨询委员会法》,都赋予并保障了公民的知情权,1974 年颁布的《隐私权法》则赋予了公民隐私的保护权;英国 1971 年颁布的《裁判所和调查法》也规定裁决必须说明理由,公民的程序性权利受到保护;德国 1976 年颁布的《行政程序法》赋予了公民许多程序上的权利;法国 1978 年颁布的《行政和公众关系法》和 1979 年颁布的《行政行为说明理由法》,也赋予了公民知情权以及其他一些程序性权利。另外,韩国 1976 年颁布的《行政程序法》和日本 1993 年颁布的《行政程序法》,都赋予了公民的知情权、陈述权、申辩权以及要求听证权,这些权利基本上都属于积极地位的参政权。

综上所述,西方各国在社会转型过程中,很大一部分国家职能转移给了第三部门,促进了社会公权力的勃兴,也间接地促使国家权力的归位。同时,公民权利的极大拓展,既防止了国家权力的随意滥用,又制约了社会公权力的不当行使。在一进一退之间,此消彼长,权利/权力的原有格局被打破并得以重塑。

### (三)国家权力格局趋于均衡

西方各国在社会转型过程中,国家权力之间的格局也发生了变革。在横向切面上,英美法系国家的法治建设从原来过于重视司法权转向同时重视行政权,大陆法系国家从原来十分重视行政权转向同样重视司法权,司法审查制度普遍确立,立法权、行政权和司法权三者之间的制约关系得到强化。在纵向切面上,联邦主义进一步发展,中央与地方的权限被重新界定,以更加适应时代发展的需要。这两个方面的发展,使国家权力格局在结构上日趋均衡。

1. 司法审查的普遍确立。在 19 世纪,大陆法系国家更加信任行政权,而不重视司法权。法国行政法院系统的设置最初是行政机关自身解决行政争议的一种方式,直到 1953 年设立上诉法院和 1987 年设置 5 个地方行政法院,才表明它完全摆脱了行政性的特征,成为彻底的司法机关。二战前的德国各邦虽然已经先后建立了行政法院,但尚未建立起德国全联邦统一的行政法院,直到 1949 年《基本法》第 96 条第 1 项规定“设置联邦行政法院”,德国的行政法院组织才趋于统一;而 1960 年的《行政法院法》,更是进一步完善了德国行政法院体制,至此德国的司法审查制度才真正发挥实效。<sup>[19]</sup> 其他大陆法系国家也在二战后相继建立了司法审查制度,这些都表明大陆法系国家司法权的不断加强。与此同时,英美法系的司法审查也有了新的发展,从由零散、些许和偶然的法律责任追究方式组成的“不均衡的杂烩”,转变为由一系列“连贯性的原则”所组成的司法审查。<sup>[20]</sup>

2. 行政权的不断扩张。在 20 世纪,英美法系国家的行政权处于不断扩张之中,行政机关同时拥有了立法权和司法权,在一定意义上打破了传统的分权原则。如在美国,“行政机关拥有立法权(颁布具有法律效力的规章之权)已经司空见惯了。”<sup>[21]</sup> 自 1914 年开始,美国联邦贸易委员会就具有了对商业中不公平竞争案件裁决的司法权力;而 1969 年纽约州颁布了机动车辆和交通法,把一部分违反交通规则轻罪的,由法院移交行政机关审理。“尽管行政机关刑事司法权的扩张趋势受到宪法的严格限制和舆论的强烈批评,然而,我们从中仍然可以看出,行政权在扩张的道路上走得多远。”<sup>[22]</sup> 在英国,行政权兼领立法权的态势突出表现为进入福利国家后委任立法数量的急剧增长;行政权兼领司法权的态势则突出表现为行政裁判所的大量设立。到 1971 年颁布《裁判所和调查法》时,英国行政裁判

[18] 德国法学家耶利内克在 20 世纪初就将私人的公权利依其对国家的地位划分为不同的类型,包括:消极地位的自由权、积极地位的收益权和能动地位的参政权。参见上引,罗豪才、吴贇英书,第 94 页。

[19] 参见前引[9],姜明安主编书,第 125 页。

[20] Adam Tomkins, *Public Law*, New York: Oxford University Press Inc., 2003, p. 171.

[21] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社 1986 年版,第 31 页。

[22] 前引[13],罗豪才主编书,第 270 页。

所已达 50 多个,如果把各种裁判所地方分支机构加在一起,总数超过二千个。<sup>[23]</sup>“在普通法院享有崇高地位的英国产生了如此众多的行政裁判所,是这一时期行政权力大举扩张的最好注脚。”<sup>[24]</sup>

3. 中央与地方关系的时代发展。近些年来,在联邦制和单一制国家中,中央与地方关系似乎正经历着一个相向而行的发展趋势。在联邦制国家,开始出现了向中央一定程度集权的趋势。联邦主义是美国处理中央与地方关系的基本原则。这一原则也随着时代发展而在法院的判例中得到不同的阐释,集中体现在联邦对州际贸易的调控上。“对于贸易调控,现代法院给予国会裁量权以很大的尊重。只要国会发现联邦调控和州际贸易之间的联系具有理性基础,法院就将肯定法律的合宪性。第 10 条修正案不再独立构成对联邦权力的限制,或对各州权力的保障。因此,百年之后,最高法院似乎又回到了马歇尔在美国银行案中所阐述的联邦主义原理”,联邦权力得到强化。<sup>[25]</sup>在德国也是如此,“总体来看,联邦对各州拥有的权力是很大的,并且有日益扩大的趋势。”<sup>[26]</sup>而在单一制国家正好相反,开始出现中央向地方分权的趋势。法国在 1982 年制定了《权力下放法》,拉开了地方分权改革的帷幕。通过设立大区,确立三级地方自治团体,改革地方公职制度,扩大地方自治权限,重构地方行政权力,增进地方民主,使中央与地方的关系发生了根本性变革。<sup>[27]</sup>英国中央与地方关系的最大发展发生于 20 世纪 90 年代的宪法改革。布莱尔政府于 1997 年 5 月 1 日上台,进行了一个世纪以来最为深刻的宪法改革。其中非常重要的一点就是向威尔士、苏格兰和大伦敦地区下放权力,在苏格兰和威尔士设立议会,在大伦敦直选产生市长和单独产生议会。这一举措意味着英国中央与地方的关系被重新界定。其实,上述两种貌似相反的趋势中蕴藉着相同的内在逻辑:即单一制国家一般中央权力比较集中,因而需要分权;联邦制国家一般地方自治权力比较强大,因而需要集权;其目的都在于使中央与地方在纵向权力格局中保持必要适度的均衡。

综上所述,西方国家的权力格局在其自身的内在逻辑和外部社会情势的推动下,始终在沿着“不平衡——平衡——新的不平衡——新的平衡”的轨迹运行。但是,立法权、行政权与司法权以及中央集权与地方自治之间总体上趋于均衡,是由时代发展所引导和推进的基本态势。

#### (四)公共行政改革的“服务行政”取向

二战后,西方国家科层官僚制的公共行政管理模式缺陷逐渐显露。到 20 世纪 70 年代以后,西方各国的行政管理普遍陷入信任危机。“这种行政结构体制僵化、人员众多,财政支出巨大,而且形成官僚特权阶层,操纵公共部门的事务,特别是任职终身制使得这种体制格外顽固。”<sup>[28]</sup>西方各国进行的大规模的公共行政改革,就是为克服传统行政模式弊病所作出的巨大努力,并普遍把“服务行政”作为公共行政改革的基本取向,以建立一个超越“权力行政”的公共行政模式。<sup>[29]</sup>这些努力都不同程度地反映在各国的法治建设中。具体来说,服务行政对法治建设的影响主要体现为两个方面:即公共行政过程的民主化和公共行政主体的社会化。而这一功能的转换是与福利国家和合作国家的出现密切关联的。福利国家的思想对法律的影响在于“从形式主义向目的性或政策导向的法律推理的转变,从关注形式公正向关注程序或实质公正转变”,<sup>[30]</sup>因此,必须通过民主参与的方式来补充公共行政的实

[23] 前引[14],韦德书,第 623 页。

[24] 前引[13],罗豪才主编书,第 220 页。

[25] 张千帆:《西方宪政体系》上册,中国政法大学出版社 2004 年版,第 180 页以下。

[26] 方立:《联邦德国中央与地方的关系——赴德国考察访问报告》,《理论前沿》1994 年第 1 期。

[27] 参见唐建强:《法国中央与地方关系中的监督机制及其对我国的启示》,《上海行政学院学报》2004 年第 11 期。

[28] 沈亚平、吴志成编著:《当代西方公共行政》,天津大学出版社 2004 年版,第 8 页。

[29] 如英国近二十年来公共服务的理念发展就非常迅速。参见 Peter Leyland, Terry Woods, *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints and New Horizons*, London: Blackstone Press Limited, 1997, pp. 2-3; 而美国 21 世纪初兴起的“治理”理论中也包含着服务行政的基本思想。参见 Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, *Minnesota Law Review*, V. 89, 2004.

[30] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 181 页。

质公正性。合作国家的思想则强调国家与社会之间界线的模糊化,并且认为,“由于国家渐渐融合在社会中,社会自身也产生了一些与国家相抗衡的机构,而且它们还具有了许多从前专属公共机构的属性”,<sup>[31]</sup>因而必然要求打破国家对公共行政的垄断,使得一部分公权力从国家向社会转移。所以,越来越多的社会中介组织承担了公共行政的职能。

1. 公共行政过程的民主化。在英国,1968年的富尔顿报告可以看作是新公共管理理念的集中体现。该报告认为,公共机构的体系应该是开放的,外部人员应该更广泛地进入僵化的科层结构中。不过,该报告当时并没有得到重视。<sup>[32]</sup>这种理念还体现在英国对行政裁判所的改革思路中。英国法学界认为,行政裁判所是按照议会旨意设立的审判机关,其产生本身就体现了民意,所以必须考虑民意。“行政也必须使一般公民认为在行政活动中合理地考虑了它所追求的公共利益和它所干预的私人利益之间的平衡。”<sup>[33]</sup>在美国,卡特总统于1978年签署的《文官制度改革法》是美国新公共管理思想最突出的体现。其中非常重要的一项改革是创设了高级行政职员制度(senior executive service)。高级行政职员虽然包括在文官范围内,但不是竞争考试的文官,而是由行政机关任用并考核。这一做法间接增强了民主产生的政务官的控制能力,其目的就是为了保证民主对官僚的控制,扩大民主制原则的适用范围。<sup>[34]</sup>另外,美国1967年颁布的《信息自由法》具体规定了公众了解和获取政府文件的方法,而70年代颁布的《政府公开法》和《联邦咨询委员会法》则分别规定了合议制和独任制行政机关的会议公开制度,从而进一步扩大了行政公开的范围。这三个法律相互衔接,赋予公民十分广泛的参与权利,非常鲜明地体现了行政过程更加民主化的特征。而20世纪90年代以来美国行政法的整个重构过程中,行政过程的民主化也是基本方向。正处在重构之中的利益代表模式的司法审查,“除了把正式参与的权利扩展到更大范围的利害关系人以外,进行司法审查的法院还在行政官员身上课加了一项义务,即适当考虑所有参与行政政策决定程序者的利益。”<sup>[35]</sup>相比较而言,大陆法系国家在行政过程民主化的道路上步伐较慢,但也在20世纪90年代开始了公共管理改革的讨论。

2. 公共行政主体的社会化。基于服务行政的理念以及效率和民主的考虑,西方国家往往把一部分公共职能转移给社会中介组织行使,从而使公共行政主体呈现出社会化趋势。与之相适应,对非国家行政的司法审查或其他法制监督也得到了进一步强化。在英国,为了保障公法人的活动符合政策和法律,加强了对公法人活动的监督。监督的方式和程度依公法人的性质差异而不同,主要有部长监督、议会监督、法院监督和公众监督。<sup>[36]</sup>在二战前的美国,由于国会和总统对政府公司的活动很少控制,引起了私企业界的批评。“1945年,国会制定政府公司控制法,加强了对政府公司的管理。联邦的政府公司,只有国会制定法律才能成立;国会也可撤销已成立的政府公司。”<sup>[37]</sup>在法国,公务法人自治和地方自治的行政也都必须接受法律规定的监督。“公务法人由国家设立时,受国家有关的机关,例如中央政府有关的部,或国家在地方上的代表的监督。由地方团体设立时,受设立它的地方团体的监督。监督的方式,因公务的性质而不同,但也有最基本的共同规则。”<sup>[38]</sup>同样,德国的许多公法团体如工商业协会、律师协会、联邦职员保险中心和学生会等,也都必须有法律依据才能成立,并且其行为应当接受司法审查。<sup>[39]</sup>

综上所述,重塑政府运动已经席卷全球,公共服务日益成为现代政府职能的核心,成为各国法制

[31] 前引[30],昂格尔书,第187页。

[32] 参见前引[28],沈亚平等编著书,第8页。

[33] 转引自王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第139页。

[34] 参见王名扬:《美国行政法》上册,中国政法大学出版社1995年版,第226页。

[35] [美]查德·B·斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岍译,商务印书馆2002年版,第122页。

[36] 参见前引[33],王名扬书,第91页以下。

[37] 前引[34],王名扬书,第189页。

[38] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第133页。

[39] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高加伟译,法律出版社2000年版,第569页以下。

转型中法治建设的一个重点。但是,与这种火热的法治实践相比,关于服务行政的理论研究并不深入、特别是法学界的研究更加滞后,在一定程度上制约了行政法转型和公法变革。<sup>[40]</sup>无论如何,建设服务型政府已经成为世界各国公共行政改革和政府职能转变不可逆转的潮流,各国的法治发展不可能逆潮流而动,所以理论上的突破、特别是公法学理论上的突破也必然只是个时间迟早的问题。

## 二、社会转型时期西方国家法治建设的经验与启示

从西方各国的社会转型来看,其法制现代化的过程实际上也是一个理性化的过程,是“目的合理性”与“价值合理性”有机结合的过程。<sup>[41]</sup>法律的价值合理性作为目的合理性的思想基础、价值目标和评价尺度,对法律的目的合理性具有优先性。也就是说,法制现代化乃是一个以目的合理性为历史先导、而价值合理性优先的法制转型过程。这是西方各国法治建设的基本特征。中国的法制现代化也同样表现出这一特征。因此,尽管各国的法治道路不尽相同,但有些基本的经验必定是相通和可资借鉴的。具体来说,西方各国社会转型时期法治建设的普适性经验和启示主要有以下四点:

### (一)坚持法治规律与本国国情结合

像经济现象有规律可寻,经济发展必然受经济规律指导和制约一样,法治现象也有规律可寻,也必然受法治规律的指导和制约。所谓法治规律,就是指世界各国在走向现代化的过程中,必须在民主的基础上制定良法,必须确立法律的最高权威,必须依法治理国家的政治、经济和社会事务。而所谓具体国情,则是指世界各国在政治制度、经济制度和社会制度,在历史传统和现实情况,在人民的知识水平、思维方式和行为习惯等各个方面的不同状况。所谓两者结合,就是如何使法治的普遍性准则为特定国家的人民所理解、接受、信仰和维护。<sup>[42]</sup>

综观世界各国的法治历程,大凡法治搞得比较成功的国家,无一不是较好地坚持了法治规律与本国国情的创造性结合。“英国是在封建贵族与新兴资产阶级势均力敌、近代资本主义生产方式正逐步取代封建生产方式的大背景下,通过封建贵族与新兴资产阶级相互妥协而不流血地逐步实现的法治。法国是在国王和封建贵族顽固阻挡第三等级崛起、镇压人民反抗的大背景下,法国人民以暴力革命推翻封建制度而逐步实现的法治。美国作为移民社区组成的联邦制国家,是在借鉴英、法两国的法治理论和法律制度的基础上,通过从社区法治到州法治、再到联邦法治而逐步建立了自己独具特色的国家法治模式。”<sup>[43]</sup>德国则是在对两次世界大战反思的基础上,逐步摒弃了实用主义法制的思维,打破了特别权力关系理论造成的法治“盲区”,建立了资产阶级民主基础上的法治。韩国在上世纪七十年代末到八十年代初开始反思并检讨政治权威主义,减少政府主导性的政策,充分发展市民社会,进而完成政治转型,走向法治。<sup>[44]</sup>“其他许多已经实现法治或正在成功推进法治的国家,也无一不十分注重法治规律与本国国情的有机结合,并以此为基础来探索本国的法治道路。”<sup>[45]</sup>

笔者认为,这一经验给我们的启示是:我国的法治建设必须以本国国情为基础,以法治规律为导向。简言之,就是要实现法治原则的地域化。<sup>[46]</sup>当前我国的基本国情主要有三个方面:一是经济更加市场化,但还不健全。1993年宪法修正案把“国家实行社会主义市场经济”载入根本大法,从而使

[40] 参见袁曙宏:《服务型政府呼唤公法转型——论通过公法变革优化公共服务》,《中国法学》2006年第3期。

[41] 关于“目的合理性”与“价值合理性”的区分,参见[德]马克思·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维刚译,三联书店1987年版,第136页。

[42] 袁曙宏:《社会变革中的行政法治》,法律出版社2001年版,第5页。

[43] 同上引。

[44] 参见崔志鹰、徐漪:《试论韩国社会转型时期的政治变革》,《上海社会科学院学术季刊》1996年第3期。

[45] 前引[42],袁曙宏书,第5页。

[46] 参见袁曙宏、宋功德:《论行政法治原则的地域化》,《南京大学法律评论》2001年冬季号。

我国经济的市场化有了强有力的宪法保障。我国加入 WTO 之后,通过进一步转变政府职能、改革行政审批制度和创新行政管理方式等措施,来消除行政管理体制与市场开放之间的矛盾,以适应世贸组织的要求和经济全球化的需要。但是,我国的市场机制依然不够完善,政府职能转变仍然没有到位,行政管理体制还不健全,行政管理方式还不能适应经济社会快速发展的需要,必须进一步深化改革。二是政治更加民主化,但还不完善。党依法执政的步伐已经迈出,依法治国方略的实施进入核心领域;党内民主进一步扩大,党政关系逐步理顺;人民代表大会的各项职能不断加强,人民代表大会制度日臻完善;中央与地方关系得到调整,中央权力过于集中的状况有明显改变;基层民主选举健康发展,人民群众参与决策和管理的热情日益增长。但是,社会主义民主和法治的发展是一个渐进的过程,我们虽然在上述各个方面取得了很大成绩,同时也还存在着不少问题,需要认真加以解决。三是社会更加多元化,但还不均衡。主要体现为主体的多元和利益的多元。“目前中国已经出现了个体、私营、股份制、国有等多种经济成分并存的局面。加入了世界贸易组织后,外向型经济将更加迅速发展,外资经济成分也将更加壮大。这些又将进一步引起社会结构和社会阶层的变化,传统的工人、农民与知识分子等都在发生迅速的分化重组,形成差异万千的利益群体。”〔47〕但是,与私营业主阶层的产生和形成相反,农民、民工以及下岗职工成为社会性的“困难群体”。他们的权益常常被违法侵犯、甚至剥夺,而且在一些方面缺乏有效和有力的法律救济。市场经济、民主政治和多元社会的共同作用,促使了人们价值观念、认知水平和思维模式的革故鼎新。人们更加注重自我利益和自我满足,利益观念和主体意识大为增强,个体尊严和人格权利尤须得到尊重。但是,在许多领域仍然存在侵犯公民人身权和财产权的情形,特别是土地征收和房屋拆迁补偿领域,问题比较严重。〔48〕法治规律对法治建设的导向作用主要体现在以下几个方面:一是要确立法律的最高权威。无论是政治问题、经济问题,还是一般的社会问题,都要明确其解决思路必须最终依靠法律,必须努力寻求并完善制度化的途径。二是要在民主的基础上建设法治。民主的最主要作用领域之一是“制定法律”,而要确保法律的制定能够真正体现民意,就必须把工作重点放在人民代表大会制度的健全和完善上,要提高人大代表的素质,提高民主和科学立法水平,并大力加强权力机关对法律严格实施的监督。三是要处理好法治建设中的一些重大关系。如经济社会发展与法治建设之间的关系,改革开放与法治建设之间的关系,依法治国、依法执政、依法行政之间的关系,政府推进法治建设与制约监督行政权力之间的关系,等等。这些重大关系体现了我国经济社会转型时期法治建设的本质特征,对推进我国法治建设具有全局性和长期性的影响,必须予以高度重视。

## (二)坚持立法引导与政府推进并举

所谓立法引导,就是在走向法制现代化的过程中,要以立法机关为主导力量来引导整个法治的发展;行政机关坚持“无法律即无行政”的原则,处于消极被动的执法和守法地位。所谓政府推进,就是在走向法制现代化的过程中,要以行政机关为主导力量来推进整个法治的发展;行政机关坚持“无禁止即可为”的原则,处于积极能动的执法地位。所谓两者并举,就是指既要发挥立法的主动性,又要调动行政的能动性,立法机关不被当作行政机关的对手,而是成为规范行政权理性运作、对行政机关负责任的“良师益友”;议会立法与委任立法应当有机结合,行政立法权与行政执法权应当有机结合,消极行政与积极行政应当有机结合,以寻求它们之间的优势互补,各得其所。

综观社会转型比较成功的国家,它们在转型时期的法治建设都坚持了立法引导与政府推进并举。美国“新政”时期是美国行政法发展最重要的阶段,也是行政权力扩张最迅速的时期。为了推行复兴

〔47〕 湛中乐:《中国加入 WTO 与行政审批制度改革》,《中外法学》2003 年第 2 期。

〔48〕 有学者以土地征收房屋拆迁为例进行研究,指出我国当前的土地征收补偿存在“土地征用过、过滥”、“补偿标准偏低、农民损失严重”、“补偿金发放监管不力,克扣、贪污现象严重”、“补偿方式单一,难以解决农民长远生计”等七个方面的严重问题。参见沈开举主编:《行政补偿法研究》,法律出版社 2004 年版,第 230 页以下。

经济的“新政”，国会通过了《产业复兴法》、《最低工资和最长工时法》、《农业调整法》、《银行法》、《联邦行政程序法》和《联邦侵权赔偿法》等一系列重要的法律。而为了执行“新政”的各项措施，联邦政府建立了证券交易委员会、国家劳动关系委员会、联邦电讯委员会、联邦海事委员会等许多独立机构，将立法机构的力量与联邦政府的力量结合起来，以战胜司法的保守力量，实现社会经济的重振。<sup>[49]</sup>英国在工业革命前基本上以议会立法为主，而在十九世纪后期工业快速发展以后，委任立法大量增加，以应付工业发展所引起的大量社会问题。二战以后，随着进入所谓福利国家时代，委任立法更是数量猛增。“1974年时，议会只通过58个公法案，而行政机关制定的行政管理法规却达到2213件。”<sup>[50]</sup>由此可见，社会转型时期议会的作用虽依然存在，但政府的能动性则被更进一步调动起来。日本二战后也是如此。如议会制定了1946年的《行政代执行法》、1962年的《行政案件诉讼法》和1993年的《行政程序法》。与此同时，政府“为了适应行政积极干预的需要，制定数量众多的行政法令。这些行政法令，从制定法案，到规定关于法律及法令等的运用的细则性基准的通知，作为政策的决定及执行的行政过程，围绕每个政策，形成了一个法令体系”。<sup>[51]</sup>这些都充分发挥了行政的积极能动性功能。特别是行政指导等积极行政的广泛运用，对日本的经济起飞起到了重要的作用。另外，德国、韩国以及正在转型之中的俄罗斯，都在发挥立法的先导性作用的同时，特别重视调动行政的主动性和能动性。

笔者认为，这一经验给我们的启示是：我国的法治建设要以立法工作为引导，以政府推进为主导。以立法工作为引导，主要强调立法机关的三个方面的作用：一是立法机关引导法治建设方向。立法机关作为一种民主制度的组织形式，要广泛地了解并听取民意，准确把握社会转型中的“制度需求”，并通过一些重大的立法活动来引导整个社会的制度供给。各国在社会转型之初，一开始由议会制定法律，引导社会制度供给的重点向社会福利领域转变。如英国议会于转型之初制定了1908年的《老年退休金法》和1911年的《国家保险法》。之后，随着社会福利立法需求的增长，立法机关一般都把这方面的立法权委任给行政机关。同样，我国私有财产权保护的入宪和行政许可法的制定，正是准确地把握了时代的制度需求而作出的有效制度供给。二是立法机关抓住法治建设重点。立法机关要将工作重点放在那些对法治进程推进较快，对社会生活影响重大的立法活动上。如美国1946年的《联邦行政程序法》、《联邦侵权赔偿法》和1950年的《司法审查法》，英国1958年的《裁判所和调查法》，法国1978年的《行政和公众关系法》和1979年的《行政行为说明理由法》，德国1976年的《联邦行政程序法》，日本1993年的《行政程序法》等重要法律的制定都是如此。三是立法机关总结法治建设成果。在社会转型时期，立法机关要注意总结行政机关在法治实践中的成果，使其法制化，以进一步引导整个社会法治的发展。日本1993年的《行政程序法》就是总结行政机关法治实践重要成果的典型。该法典专章“对行政指导的定义、原则、方式等内容作了明确的规定，从而使日本的行政指导在科学化、规范化和制度化的进程中迈上了一个新的台阶”。<sup>[52]</sup>以政府推进为主导，主要体现为行政机关在三个方面的作用：一是行政机关是行政立法的主体。2000年颁布的立法法明确规定了国务院、国务院各部委、省、自治区、直辖市和较大的市人民政府是行政立法的主体。这充分表明行政机关是推进我国法治建设的生力军，并将在未来法治发展进程中发挥越来越重要的作用。更重要的是，该法还授权国务院可以根据实际需要，对尚未制定法律的事项先制定行政法规。这意味着行政机关在立法中可以充分发挥立法机关所欠缺的灵活性和及时性，对我国转型时期的重点、难点和焦点问题快速、高效地提供制度供给。二是行政机关是实施法律的主体。虽然随着公共行政的变革，越来越多的非政府组织获得法律、法规的授权成为法律实施的主体，导致国家法律实施的主体更加多元化。但是无论是

[49] 前引[34]，王名扬书，第53页。

[50] 前引[33]，王名扬书，第109页。

[51] 前引[16]，杨建顺书，第64页。

[52] 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第283页。

联邦制国家还是单一制国家,非政府组织都没有从根本上动摇行政机关作为最重要的法律实施主体的地位。<sup>[53]</sup>根据我国现行法律规定,县级以上各级政府及其部门是法律的主要实施者,行政机关以外的企事业单位经过法律、法规的授权,虽然也可以成为行政执法主体,但毕竟属于少数例外的情形,其作为法律实施主体的作用和地位与行政机关无法相提并论。三是行政机关是依法行政的主体。依法治国的主体是人民群众,依法执政的主体是中国共产党,公正司法的主体是司法机关,而依法行政的主体则是各级行政机关。法治国家和法治社会的关键既在于政府坚持依法行政,带头守法,以带动整个社会尊法、守法风气的形成;也在于政府推进依法行政,建设法治政府,为建设法治国家和法治社会奠定坚实的基础。国务院2004年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》,通过自我设定建设法治政府的目标和时限,来加快全面推动依法行政的进程。为实现这一目标,《纲要》明确要求各级政府和政府各部门要结合本地方、本部门经济与社会发展的实际,制定落实《纲要》的具体办法和配套措施,确定不同阶段的工作重点;各级行政首长要作为推进依法行政的第一负责人,切实加强对依法行政工作的领导,一级抓一级,逐级抓落实,以真正把依法行政工作不断扎扎实实地推向前进。

### (三)坚持形式法治与实质法治统一

所谓形式法治,就是指在法治建设中,更多注重的是形式正义,主要强调有法可依、有法必依、政府依法行政、公民在法律面前人人平等和程序公正等合法性问题。所谓实质法治,则是指在法治建设中,更多注重的不是形式正义,而是实质正义,主要强调公民权利的有效保障和社会的真正公平、公正等合理性问题。<sup>[54]</sup>所谓两者统一,就是要根据各国法治建设的不同阶段和重点,从推进形式法治逐步发展到重视实质法治,并使形式法治与实质法治实现互动,最终建立法治国家。

综观各国社会转型时期,都比较好地兼顾了形式法治和实质法治,注重两者之间的有机统一。英国法治原则的内涵在社会转型过程中也经历了一个发展的过程,从戴西传统的法治观到韦德的法治观,再到瑞兹的法治观,逐步经历了从着重形式法治,到着重实质法治,再到形式法治与实质法治相融合的过程。<sup>[55]</sup>美国的法律正当程序原则也在社会转型过程中不断地调整和发展,从程序性保障走向实体性保障,更加凸现其实质法治的内涵。<sup>[56]</sup>法国行政法治也有一个实质法治内蕴不断增强的过程。自1873年布朗戈案件确立了国家赔偿责任之后,其归责原则经历了从主观过错为主,到公务过错为主,再到过错责任为主、无过错责任为辅的发展历程,实质法治的特征已经比较明显。德国的依

[53] 当前我国法学界在大力强调非政府组织作用的同时,往往忽略了非政府组织发挥作用的范围也是有限的,因而走入了另一个误区。诚然,非政府组织可以一定程度纠正“市场失效”(Market failure)和“政府失效”(Government failure),但不可能取代市场和政府的职能,在法律实施方面更是如此。详细论述可参见Jame J. Fishman and Stephen Schwarz, *Nonprofit Organizations*, New York: The Foundation Press Inc., 1995, pp. 39-42.

[54] 参见姜明安:《新世纪行政法发展的走向》,《中国法学》2002年第1期。在该文中,姜明安教授对形式法治和实质法治作了大致的区分,并认为新世纪行政法已经从形式法治发展到了实质法治。我们认为,西方各国也并没有完全解决形式法治的问题,当前法治发展趋势应当是形式法治与实质法治相结合。具体到中国而言,当前的问题主要还是体现在形式法治方面,但从长远来看,要解决这些形式法治的问题也必须依赖实质法治的根本突破。

[55] 英国自1968年帕德菲尔德案件之后,合理性原则在大量的案例中得到成功运用,成为对形式法治的补充和纠正。有学者认为,它在实体方面对行政法的贡献与自然公正原则在程序方面的贡献相同。这个案子可以说是英国公法中形式法治与实质法治相结合之滥觞。参见前引[14],韦德书,第66页以下。目前在英国公法学界,法治观基本上采取形式意义,但是“惟此形式意义的法治观并不接受恶法亦法的宿命,而是进一步地要求配套机制,两者不可或缺。瑞兹教授的见解之所以突出,乃是其最后所持的形式意义法治观,已经包括了讲求法律品质的实质意义法治观,故吾人可称为修正的形式意义法治……”笔者认为,这实质上也就是实现了两者之间一种理论上的融合。参见陈新民:《德国公法学基础理论》上册,山东人民出版社2001年版,第68页以下。

[56] 美国1905年的“洛克勒诉纽约州案”标志着“经济正当程序”作为一项司法理论的最终成熟,显示形式法治达到极致。而1934年的“牛奶价格第二案”则昭示着经济正当程序的衰落,实质法治的理念开始向其中渗透。在洛克勒案件之后,法院尽管仍然承认“契约自由”时正当程序所保障“自由”的一个层面,但却退而采用真正的“最低合理”标准去审查立法。而1965年的“州禁避孕案”更是标志着“实体正当程序”的复兴,此时的法律正当程序原则中,实质法治与形式法治的精神已经水乳交融。参见前引[25],张千帆书,第八章。

法行政原则也有一个不断发展的过程。它的法治原则虽然同样承认和坚持法律至上,但是对法律的理解已经不再拘泥于法律的文字,而更加注重法律的精神,这主要表现在遵守依法行政原则时,也同时考虑遵守比例原则和信赖保护原则。<sup>[57]</sup>可见,西方各国在社会转型过程中,其法治建设和法治实践都有一个以实质法治精神弥补和丰富形式法治内涵,以实现两者真正融合的发展过程。

笔者认为,这一经验给我们的启示是:我国的法治建设要以形式法治为基础,以实质法治为导向,坚持形式法治与实质法治的协调和统一。以形式法治为基础,主要体现在三个方面:其一,重点是严格执法。严格执法是形式法治的前提条件和关键要素,也是我国现阶段法治建设最薄弱的环节。在社会转型时期,不论实质合理性是否充分,都应当对已有的法制给予足够的尊重。因为依法办事有其独立的价值,包含了“最低限度公正”的基本理念。其二,着力点是张扬程序正义。程序正义是形式法治的基本要素。当前,要把制度建设的着力点放在程序法治上,如要进一步完善行政处罚、行政许可和行政强制等领域的程序制度,并抓紧制定行政程序法典,以使程序制度能够真正发挥促进公权力公开、公正行使的功能。其三,难点是法律的平等保护。平等保护是形式法治的基本要求。当前,要把法律平等保护作为解决经济社会发展中一些突出矛盾和问题的基本原则,通过完善立法和公正司法来消除社会治理过程中不平等对待的现象。而以实质法治为导向,则主要应在法治建设中明确以下两点:一是实质法治应当是一种持续不断的法治追求,应当是一个与时代发展具有协变性的长期目标。明确这一点有利于我们认清法治建设的长期性和渐进性,有利于我们以一种稳健而平和的心态来促进法治建设,使其与我国整体的经济和政治改革合拍,做到既不滞后,但也不宜太冒进,否则可能欲速则不达。二是实质法治应当是一种生生不息的法治资源,应当是一种对现实问题具有回应性的解决思路。这一点要求我们必须有推动实质法治建设的现实性和紧迫性,必须以强烈的时代责任感来推进实质法治的进步。如果实质法治严重不足,形式法治的作用也必然十分有限,不可能从根本上解决社会公平和公正问题,也不可能建设真正意义上的和谐社会。

#### (四)坚持理论变革与制度创新互动

所谓理论变革,就是指在社会转型过程中,各国的法治理论特别是公法理论经历了一个非常显著的突破和发展,以适应时代变迁的要求。所谓制度创新,就是指在社会转型过程中,各国法治建设特别是公法建设中产生了许多具有各国特色的创新性制度,以其推动社会进步。综观各国社会转型时期,都经历了理论变革与制度创新互动发展的变迁过程。二战后,英国公法理论有了很大的发展,经历了从“红灯理论”、“绿灯理论”再到“黄灯理论”的发展过程,<sup>[58]</sup>与之相随的是司法中合理性原则的广泛运用、公众参与规则的普遍确立和政府契约的方兴未艾。美国建国之后,其法律正当程序原则和法律平等保护原则一直在司法实践中不断被突破和发展,这种变革也推动着美国公法治理模式的转变。“美国的依法行政经历从传统普通法院的司法审查模式到独立管制机构加行政程序模式再到行政公开模式的发展过程。”<sup>[59]</sup>受这种转变所支配,美国二战后的公共行政改革重点放在了放松管制、完善参与制度、贯彻行政公开等方面。在19世纪末20世纪初,法国的公法理论曾经历了公共权力说、公务说、公共利益说、新公共权力说等理论的变迁,与之相随的是法国行政法院受案范围不断扩大和行政赔偿制度最终确立。<sup>[60]</sup>德国开始进入福利国家之初,有的公法学者就提出了“生存照顾”的

[57] 比例原则的基本涵义是行政机关实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益,如为实现行政目标可能对相对人造成某种不利影响时,应将这种不利影响限制在尽可能小的范围和幅度,以使二者保持适度的比例。信赖保护原则的基本内涵是政府应信守自己作出的行为或承诺,不得随意变更和反复无常。

[58] “红灯理论”特别强调对行政权的严格控制,寄希望于司法审查,倾向平衡宪法模式;“绿灯理论”并不反对对行政权的控制,但更寄希望于政治程序,倾向于政府模式;而“黄灯理论”则在强调控制行政权的同时,注重维持行政机关与公民之间相互冲突的利益的适当平衡,主张事前、事中和事后控制相结合,立法、司法和政府模式相结合,使其共同发挥作用。参见[英]哈洛·罗林斯:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第二、三、四、八章。

[59] 袁曙宏、赵水伟:《西方国家依法行政比较研究——兼论对我国依法行政的启示》,《中国法学》2000年第5期。

[60] 前引[38],王名扬书,第25页以下。

概念，<sup>[61]</sup>确立了“给付行政”的理论，而传统的特别权力关系理论也被逐步打破。与之相随的是行政合同、行政计划以及私经济行政方式的兴起。二战后，日本的公法理论也有了较大突破，特别权力关系理论受到挑战，公定力理论有了进一步发展，法律权利理论取代反射性利益理论，行政便宜原则具有了相对性，“裁量收缩为零”理论产生。<sup>[62]</sup>与之相随的是行政指导的广泛运用、国家赔偿责任的真正确立、行政监察专员和苦情处理等救济制度得以建立和完善。

笔者认为，这一经验给我们的启示是：我国的法治建设要以理论变革为主线，以制度创新为重点。以理论变革为主线，主要应把握两点：一是法学研究应关注现实问题。每个时代有每个时代的问题，而问题就是时代的声音。理论研究要以问题为中心，不能单纯地为了研究而研究，坐而论道。社会转型时期的法学研究必须关注转型时期的根本问题，必须对解决现实问题有针对性和指导性，惟此才可能对以往的理论有所突破，才可能推动制度创新。二是法治建设应注意吸收法学研究成果。要把成熟的理论转化为法治建设中的现实“生产力”，推动制度的建立、发展和完善。以制度创新为重点，主要应把握两点：一是制度创新应注意与我国国情相结合。特别是在法律移植过程中，对西方国家的现有制度不能简单地生搬硬套、生吞活剥，必须有分析、有反思、有排除、有借鉴，使其能够适应我国的法治土壤。二是制度创新应注意与其他制度的协调。在确立一种新型的制度时，必须从其目的、功能和范围等方面准确定位，妥善地处理新制度与现行制度的衔接和配套问题。既要避免同一功能的制度重复建设或相互冲突的制度一起建设，造成“法治资源”的浪费或作用的相互抵消；又要避免某一制度孤军突进和孤立无援，导致无法形成制度之间的“合力”。

### 三、我国未来法治发展的基本趋势

我国公法的迅速崛起，表明我国正开始走向“宪政时代”。<sup>[63]</sup>在这个时代，公民的政治权利得到很大扩展，从过去的人身权、财产权等“消极地位的自由权”，发展到受教育权、劳动保障权、获得社会救助权等“积极地位的受益权”，再到听证权、知情权等“能动地位的参政权”。宪法的各项公民权利真实和鲜活地走进现实生活，广大公民开始自觉地运用宪法保护私有财产权；“人权正从一种精英意识转化为平民意识，由少数人的呼吁变成多数人的追求”；<sup>[64]</sup>宪政的重要支柱——行政法快速发展，并且已经成为这个时代的主旋律，构成了现有法律体系的重要内容。宏观地来看，我国未来法治发展将呈现六大基本趋势：

#### （一）党“依法执政”成为依法治国的关键

自新中国成立之后，党与法治的关系就成为整个法治建设的核心问题，事关整个法治建设兴衰存废的大局。这一关系处理得好，则法治兴；处理得不好，则法治衰。党严格守法，则法治存；党不守法，则法治废。这是新中国成立以来、特别是改革开放以来我国法治建设的一条基本经验。这一经验决定了我国未来法治建设所关注的主题，这一主题进而又深刻地影响着我国整个的法治道路、治理模式、权力监督和权利救济等诸多方面。

党的十六届四中全会作出的《关于加强党的执政能力建设的决定》明确指出：“依法执政是新的历

[61] 关于“生存照顾”概念，参见城仲模：《行政法之基础理论》，台湾三民书局1994年版，第131页。

[62] 前引[59]，袁曙宏等文。

[63] 有学者认为，人类社会法制发展大体经历了三个发展阶段：刑法阶段、民法阶段和宪政阶段。参见蔡定剑：《历史与变革——新中国法制建设的历程》，中国政法大学出版社1999年版，第352页以下。李步云认为，宪政应该包括三个基本要素，即民主、法治和人权。民主是宪政的基础，法治是它的重要条件，人权保障是宪政的目的。参见李步云：《宪政中国》，载《宪法比较研究文集Ⅱ》，中国民主与法制出版社1993版，第2页。我们认为，当前我国的法治发展已经显现出宪政阶段的许多特征，并影响着我国公法未来发展的价值取向。

[64] 王卓君：《渐进宪政的民主、法治和人权保障——以行政法为主线》，《中国法学》2004年第5期。

史条件下党执政的一个基本方式。”这是我们党全面总结半个多世纪以来的执政经验,积极适应建立社会主义市场经济体制和依法治国、建设社会主义法治国家的客观需要,主动应对经济全球化和错综复杂的国际局势所作出的战略性论断。从1982年我们党提出“党必须在宪法和法律的范围内活动”,到1996年提出依法治国的基本方略,到十六大报告提出提高依法执政能力,再到十六届四中全会决定提出依法执政是党执政的基本方式,这既反映了我们党在新的历史条件下对治国执政思路一以贯之的理论探索,更反映了我们党对治国执政方式与时俱进的制度创新。

中国共产党依法执政,突出了执政党在法治建设中的积极性、主动性、创造性和关键性。无论是依法治国还是依法行政,其前提、核心和关键都要求党必须依法执政;否则,实现法治就只能是纸上谈兵。因此,党依法执政的提出,不仅将引起党的领导体制和领导方式的深刻变革,而且将对依法治国和依法行政产生深远影响。要实现党依法执政,必须在理论和实践上厘清三大核心要素。首先,党依法执政需要明确执政主体。概括地讲,依法执政的主体既不当是全体党员,也不不当是在国家机关中担任领导职务的党员代表;既不当是各级国家政权机关中的党组,也不不当是所有的党组织;而只能是作为整体的中国共产党以及党的中央委员会和地方各级委员会。<sup>[65]</sup>党的全国代表大会和由其产生的中央委员会行使党的最高执政权,闭会期间则由中央政治局及其常务委员会行使;地方各级党委在中央统一领导下行使所在区域的执政权,以保证党对地方各级国家政权机关的领导,并明确地方各级党委的执政责任。其次,党依法执政需要规范执政行为。执政党的执政权是否公权力?这是需要认真分析和探讨的问题。我们认为,我国执政党执掌国家政权的权力本质上应当是一种公权力,它虽然不同于传统上直接对公民、法人产生强制力和执行力的公权力,但却是直接对国家政权产生掌控力和领导力的一种更加重要和更加宏观的公权力。长期以来,我们对规范国家公权力行为以及不同国家公权力相互之间的关系比较重视,法律、法规相对健全,但对规范党的执政权这一公权力以及党的执政权与国家公权力相互之间的关系却严重忽视,法律、法规基本上是空白。因此,依法规范党的执政行为显得非常重要和紧迫。再次,党依法执政需要落实执政责任。责任是法治的生命,无责任即无法治。党依法执政是一个重大的法治问题,因而同样需要落实执政责任,否则就不可能实现依法执政。我国宪法在《总纲》中明确规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”新一届中央领导集体高度重视落实党的执政责任,主动强化执政责任,首次确立了中央政治局向中央委员会全体会议报告工作的制度;颁布了《中国共产党党内监督条例》和《中国共产党纪律处分条例》,明确规定“党内监督的重点对象是党的各级领导机关和领导干部,特别是各级领导班子主要负责人”;制定了《中华人民共和国公务员法》,第一次把党的工作人员纳入了公务员的范围,从而将有利于党和国家工作人员法律责任的统一,有利于党的执政责任的落实。

依法执政是中国共产党执政方式的历史性跨越,具有长期性、根本性、全局性和复杂性。要从制度上真正落实依法执政,要求我们党在执政方式上实现三大转变:即党要从主要依政策执政向主要依法律执政转变;从强调严格遵守法律执政向既严格遵守法律、又主动创制和运用法律执政转变;从加强自身制度建设与领导国家法治建设分头实施向二者同步推进,统一于依法治国、建设社会主义法治

[65] 其一,依法执政的主体不当是全体党员。中国共产党有6960多万党员,如果依法执政的主体是全体党员,则就有6960多万个执政主体,这无疑会导致执政主体的泛化,造成人人是执政主体、人人又都不是执政主体的主体虚置状态。其二,依法执政的主体不当是在国家政权机关中担任领导职务的党员代表。中国共产党是直接执政、一线执政和长期执政的执政党,而不是西方国家间接执政、幕后执政和轮流执政的执政党;因此,党委派到国家政权机关中担任领导职务的党员代表只能是执政党的一分子,只能代表执政党行使部分执政权力,而不可能象西方国家那样个人就是执政主体。其三,依法执政的主体不当是各级国家政权机关的党组。为了有利于发挥国家政权机关的作用,国家机关党组不当以自己名义、而应当以国家机关的名义统一对外履行行政职能,行使管理职权,承担法律责任。其四,依法执政的主体也不当是所有的党组织。企业、学校、科研院所、社会团体、社会中介组织、城市社区和农村村等基层党的组织,由于不是领导一级政权的党组织,因而不当是执政主体。

国家转变。<sup>[66]</sup>总之,我们要始终牢牢抓住中国共产党依法执政这个核心和关键,始终紧紧围绕依法治国、建设社会主义法治国家这个宏伟目标,把坚持依法执政的基本方式与实行依法治国的基本方略统一起来,做到党领导立法,带头守法、保证执法,不断推进国家经济、政治、文化、社会生活的法治化和规范化。

## (二)“政府推进与公民参与结合”成为法治建设的动力

我国经济社会的快速转型,决定了我国实现法治的紧迫性和艰巨性,也决定了我国不可能走自然演进型的法治化道路;而我国人治传统的漫长、行政权力的强势以及社会自治力量的不足,也决定了我国不应当完全依靠政府推进来实现法治。因此,坚持以政府推进为主导,以公民参与为基础,实行政府推进与公民参与有机结合,充分发挥政府和社会两个主体、自上而下和自下而上两个动力的作用,在依赖行政权的同时又制约行政权,在建设法治国家和法治政府的同时建设法治社会,应当是我国法治道路的正确选择。这就一方面要求我国政府应当根据国情和经济、社会发展状况,运用人类创造的先进法治文明成果,结合人民群众对法治的认识程度,积极主动地创造条件,培植法治要素,引导并推进法治快速发展;另一方面则要求必须最大限度地实现公民的广泛参与,最大限度地提高公民的法治意识,最大限度地调动全体人民推进法治的积极性、主动性、创造性,并通过广泛的公民参与来制约和防止行政权的违法和滥用。

要实现政府推进与公民参与的有机结合,其前提和基础是明确界定政府与社会的各自范围,逐渐形成政府与社会的二元结构,不断发展成熟的市民社会。<sup>[67]</sup>中国历史上缺少市民社会的传统,国家吞噬社会,社会极少甚至没有自治空间。自1978年我国推进市场取向的经济体制改革以来,国家与社会开始逐渐分离,但总体上仍然呈现国家大、社会小的格局,社会自治空间有限,政府与社会的二元结构尚未形成,从而制约了公民参与的发展和法治社会的形成。在中国当前,只有让市场和社会享有独立的空间与自治,才能有效地促进社会的发育,形成均衡的政府与社会的二元结构,从而为公民的广泛参与和法治社会的实现奠定基础。政府权力的介入点应当是市场自我调节的盲点和临界点。《全面推进依法行政实施纲要》和行政许可法通过规定市场配置资源的基础地位和政府职能的作用范围,确立了“先市场、次社会、再政府”的制度安排逻辑,即“凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的,市场竞争机制能够调节的,行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项,除法律另有规定的外,行政机关不要通过行政管理去解决”。<sup>[68]</sup>这就大大收缩了政府职能的范围,扩大了社会自治的空间,贯彻了有限政府的理念。在此基础上,《纲要》进一步从制度层面对“政府推进与公民参与相结合”的法治道路作出了具体规定:即一方面对各级政府推进依法行政的目标、重点、步骤、方法和期限等作出了全面部署,另一方面对公民在行政决策、行政立法、行政执法、行政解决纠纷和行政权监督等环节的参与都作出了明确安排,从而大大增强了政府推进与公民参与相结合的保障和可操作性。目前,我国行政程序法也正进入草拟阶段。可以肯定的是,该法典也必然将全面规定公民的程序性权利,规范政府的行政权力,坚定不移地走“政府推进与公民参与相结合”的法治道路,为实现行政程序法治奠定基础。“在当代中国,要成功实现法治,只有在中国共产党的领导下,走自上而下政府推进与自下而上公民参与相结合的道路,这是代价最小、速度最快、成功系数最大的法治道路,也必将被历史证明是一条理性之路、智慧之路、前进之路。”<sup>[69]</sup>

[66] 参见袁曙宏:《党依法执政的重大理论和实践问题》,《国家行政学院学报》2006年第1期。

[67] 市民社会与法治精神紧密联系。市民社会培育了宪政文化,孕育了法治精神,形成了社会权力,分解了国家权力。因此,法治的实现离不开市民社会的培育和成熟。纵观西方国家的法治发展史,正是近代欧洲市民社会孕育和发展的法治精神,深刻影响和推动了西方民主宪政的良性发展。

[68] 《全面推进依法行政实施纲要》第6条。

[69] 袁曙宏:《法治规律与中国国情创造性结合的蓝本——论〈全面推进依法行政实施纲要〉的理论精髓》,《中国法学》2004年第4期。

### (三)“善治”成为公共治理的目标〔70〕

改革开放之后,我国法治建设的主要目标是构建一种“善政”(Good Government)的公共治理模式。在这一目标模式下,我国法治建设存在三个方面的“失衡”:一是强调政府作为公共行政的唯一主体地位,其他的组织必须有法律、法规的授权才可以履行公共职能,承担公共服务;二是强调相对方的服从义务,对相对方的法律责任的内容、形式和程序都规定得比较完备,而对公权力主体法律责任的规定不够健全;三是强调强制性手段在公共行政中的主导作用,对行政处罚、行政命令、行政强制等作出规定的法律比较多,层级比较高;而对行政指导、行政合同、行政激励等非强制性手段作出规定的法律比较少,甚至没有规定。

20世纪末以来,“善治”(Good Governance)的公共治理模式正在成为各国在政治和公共治理中追求的新目标和发展的新方向,并已经对西方国家的法治建设发挥了重大影响。比如,美国新的治理模式“在促进实现社会、政治和经济目标的过程中,正影响着公共和个人行为的范围、功能和实施”;“新的治理模式主张取代新政时期的层级式管理,代之以更加富于参与和合作的模式”,因而被认为是“再次新政”(The Renew Deal),对美国法治建设提出了新的时代课题。〔71〕英国的现代治理模式也呈现出相似的特点。在这一模式中,政府与公众之间、私人组织与混合组织之间构成一种互动,因而导致了复杂、动态、平面的关系,但又包含着协商所得的相互之间的一种独立性。〔72〕我国未来法治发展也面临着同样的课题。

要走向“善治”的公共治理模式,我国法治建设需要致力于以下四个方面的发展:一是要进一步转变政府职能,改革行政管理体制,建立规模适度、高效有力的政府。《全面推进依法行政实施纲要》对依法界定与规范政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能,合理划分和科学设定各级行政机关的职责、机构、权限,改革行政管理方式和推进政府信息公开等作出了明确规定。刚刚实施的公务员法是第一部全面规范党政干部人事管理的总章程,对健全和完善我国公务员制度具有里程碑式的意义。但是,无论是《纲要》还是公务员法,都需要进一步制定和完善配套制度,加大实施力度,以保证其真正得到严格执行和遵守。二是要培育行业组织和中介机构,促进国家与社会的合作。《全面推进依法行政实施纲要》指出,行业组织和中介机构通过自律能够解决的事项,行政机关一般不要通过行政管理去解决,但要加强对行业组织和中介机构的引导与规范。这就确定了处理国家与社会关系的基本原则。但是,目前大量社会中介组织的成立和活动仍然缺乏直接的法律依据,导致其与政府之间的关系不明确,往往产生一些争议。我国未来的法治建设应当进一步明确行业组织和中介组织的法律地位,规范其权利义务,以充分发挥它们在公共治理中的作用。三是要更加重视公民参与,充分调动行政管理相对人参与行政管理的积极性和创造性。我国1996年颁布的行政处罚法规定了相

〔70〕 上世纪90年代兴起的公共治理理论提出了“善政”(Good Government)和“善治”(Good Governance)的区别。该理论认为,治理(Governance)作为统治(Government)的发展和替代,与统治之间存在着以下区别:一是管理主体不同。统治主体主要是指以公共权力为后盾的公共组织或公务人员,政府是管理的中心和关键所在;而治理主体还包括政府之外的其他社区组织、志愿者组织和私营组织,它们都可能是权力的中心。二是管理机制不同。统治的手段和方法主要以具有强制性的行政、法律手段为主,有时甚至包括军事性手段,以层级化的自上而下的机制实现对社会的强力控制;而治理的管理手段除了国家的手段和方法外,更多的是强调各种机构之间自愿平等地沟通、参与、合作,通过扁平化的上下互动的机制实现对社会的和谐治理。三是追求目标不同。与统治相联系的理想模式是建立在传统的社会统治结构和韦伯式官僚体制之上的“善政”,构成要素包括严明的法度、清廉的官员、高效的行政、良好的服务;而治理的概念已经超出了传统的统治范畴,它强调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之间的一种新颖关系,是两者的最佳状态。显然,“善治”比“善政”拥有更多的民主要素和灵活要素,对公民的权利和地位也给予更多的重视。详细论述参见李风华:《治理理论:渊源、精神及其适用性》,《湖南师范大学社会科学学报》2003年第5期;胡仙芝:《从善政向善治的转变——“治理理论与中国行政改革”研讨会综述》,《中国行政管理》2001年第9期。

〔71〕 前引〔29〕,Orly Lobel文。

〔72〕 Nicholas Bamforth and Peter Leyland, *Public Law In a Multi - Layered Constitution*, Oregon: Hart Publishing Oxford And Portland, 2003, p.191.

对人申请听证制度,但其适用领域和听证申请人范围还非常狭窄,并且还未确立案卷排他性规则,<sup>[73]</sup>听证的效果非常有限,在实践中往往流于形式。2003年颁布的行政许可法规定了强制听证制度,扩大了听证申请人的范围,确立了案卷排他性原则,从而有效地提高了听证的效果。今后,要进一步扩展公民参与制度的适用领域,扩大参与申请人的范围,普遍确定案卷排他性原则,并尝试建立简易听证制度,使之与正式听证制度协同发挥作用,从而使各项公民参与制度更具实效。四是要更加灵活地运用规制方式,不断推动行政管理方式创新。规制方式的柔性化和非强制化是“善治”的必然要求。“软法”在公法中出现并开始普遍适用就是这一要求的有力印证。<sup>[74]</sup>在我国今后的法治建设中,要根据具体情形和实际需要,灵活规定并运用行政强制、行政命令、行政处罚、行政许可等强制性手段和行政激励、行政给付、行政指导、行政合同等非强制性手段去实现公共职能,用最低的成本获得最大的效益,以最大限度地满足人民的公共需要。总之,我国未来在公共治理的法治建设中将更加广泛地贯彻契约观念和效率精神,通过法治对公权力主体的有效规范和监督,使公权力的行使呈现出合法性、透明性、责任性、回应性和有效性的鲜明特征。

#### (四)“权利与权力的均衡化”成为公法建设的重点

1989年以后,我国法治建设进入了快速发展阶段,公法建设的重点从“治事”转到“控权”。<sup>[75]</sup>1989年颁布的行政诉讼法,建立了法院对行政机关有限的司法审查制度;1990年颁布的行政复议条例,实行以上一级行政管理部门管辖为原则的“条条”管辖体制,突出了上级行政机关的层级监督职能;1993年颁布的国家公务员暂行条例,标志着我国公务员制度的正式建立;1996年颁布的行政处罚法,首次规定了法律保留原则,开始界定立法权与行政权的分界;1997年颁布的行政监察法,既规定了上级行政机关对下级行政机关的“条条”监督,又规定了本级政府对部门的“块块”监督,从而进一步深化了行政机关的内部监督体制;2000年颁布的立法法,则更加明确地规定了法律保留原则,确定了全国人大的专属立法权,界定了行政立法权,规范了行政法规和规章的制定程序,实质上是力图通过立法权来规范行政权。

当然,这一时期对“权力相互制约模式”的偏重,并不排除“权利与权力的均衡化”这一特征的自始存在。事实上,自该模式发展之初,就隐涵着“权利与权力均衡化”的另一条发展脉络,在某些重要的法律中甚至表现为“一体两面”。例如,行政诉讼法确立的“民告官”制度,既体现了司法权对行政权的监督,也开创了我国人权保障的先河。此后的国家赔偿法建立的国家赔偿制度,是行政诉讼制度的继续和发展,与行政诉讼法共同构建起当代中国的人权保障机制。而1996年颁布的行政处罚法,则第一次规定了公民在合法权益受到违法行政侵害时的知情权和申请听证权等程序性权利,从而进一步扩展了公民权利,并以公民权来制约行政权。但是,这一时期实现权利与权力的均衡化还只是理想状态,权力制约权力仍是对权力进行监督的主导模式。

2000年3月,最高人民法院颁布了《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》

[73] 案卷排他性规则是指为了保护当事人的知情权、参与权和防卫权,行政主体作出的影响申请人或利害关系人权利义务的决定所根据的证据,原则上必须是在作出该决定前,在行政案卷中已经记载、并经过当事人口头或书面质辩的事实材料。这一原则是正当法律程序原则的应有之义和必然要求。

[74] “软法”(soft law)是一种内部的、政策性的、强制力更弱、灵活性更大的规制规则。关于“硬法”(hard law)与“软法”的效力问题是当今世界法学中的一个热门话题,其重点在于如何正确认识“软法”的作用,界定它的适用范围,并探索“软法”与“硬法”法律方法相结合的可能性。详细论述可参见罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,《中国法学》2006年第2期;David M. Trubek and Louise G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, *European Law Journal*, Vol. 11, May 2005. Blackwell Publishing Ltd. 2005.

[75] 1989年颁布的《行政诉讼法》,是我国法治建设历程中的一座里程碑。“该法的出台,标志着我国依法行政告别以依法‘治事’为中心的第一阶段,转入以事后的行政权力监督和公民权利救济为重心的第二阶段。”参见袁曙宏主编:《建构法治政府——全面推进依法行政实施纲要读本》,法律出版社2004年版,第12页。

释》，扩大了复议和起诉资格，放宽了复议和起诉条件，扩张了行政相对人的诉权，公民的人身权、财产权、受教育权、劳动权等合法权益受到具体行政行为侵害时，都可以提起行政复议和行政诉讼，同时对规章以下的抽象行政行为也可有条件地提起行政复议，从而进一步拓宽了公民权利保障的范围。至此，虽然抽象行政行为仍未纳入司法审查的范围，人权保障的配套法律制度也还有待进一步确立，但是对人权从部分保障到全面保障的趋势已经非常明确。2003年颁布的行政许可法，全面详细地规定了行政许可的设定、实施机关、实施程序和许可费用，既体现了对国家权力的制约，又体现了对公民权利的扩展；既体现了对立法权的制约，又体现了对行政权的制约；既体现了对行政立法权的制约，也体现了对地方立法权的制约；既体现了对公民实体权利的尊重，又体现了对公民程序权利的保障。这表明，在行政法治中公民权利与国家权力均衡化的权力监督模式已显雏形。2004年，“国家尊重和保障人权”被正式写入宪法，这是改革开放26年来我国人权保障的重大成果，也标志着我国以公民权利与国家权力的均衡化为价值取向的法治建设之路开始启程。这一发展大势必将直接影响到我国未来公法的基本结构。

#### （五）“多种救济方式的整合”成为完善救济机制的途径

当前，我国处于经济社会急剧转型时期，各种社会矛盾和纠纷呈现出复杂化、多样化的特征，公民权利保护意识空前提高。但是，与之相适应的有效解决纠纷和权利救济机制还没有完全建立，各种权利救济方式之间缺乏衔接和协调，十分分散，难以形成统一运转的救济机制，跟不上我国人权意识觉醒的步伐，也不能有力地满足人权保障的需求。如信访与复议、信访与诉讼的衔接就是如此。有时是复议、诉讼完了又信访，信访完了又复议、诉讼；有时是复议、诉讼不受理去信访，信访不受理又去复议、诉讼。这种机制既导致我国十分有限的权利救济机制制度资源严重浪费和缺乏权威，又造成各个救济机构之间相互推诿扯皮，不负责任。因此，“多种救济方式的整合”，必然成为我国救济机制进一步完善的途径，也是我们加强人权保障的使命所在。

救济方式的“整合”包含三个方面的要求：其一，它意味着解决纠纷的主体从“单一化和司法化”转向“多样化和多元化”。今后，我国法治建设在强调法院作为解决纠纷的最后一道防线的同时，还应突出行政机关、民间机构和行业性组织在解决纠纷中的重要作用。要使司法机关、行政机关和其他组织之间相互补充，相互促进，共同发展，形成合力，以建立一套完整的纠纷解决体系。其二，它意味着各种救济方式要从“单兵突破”转向“联合作战”。我国目前的权利救济方式主要包括声明异议、调解、裁决、仲裁、信访、复议、诉讼、赔偿和补偿等。“这些多样化的权利救济方式，各有优劣，互相配合，共同担负着为行政相对人提供权利救济的制度功能。”<sup>〔76〕</sup>今后，我国的法治建设应当更多地强调“联合作战”，强调以多种权力、多种手段共同解决某一社会问题。这就既要求公法规范之间必须统一协调和相互呼应（如刑事、行政、民事三大法律手段的协调和呼应），又要求制度设计必须相互衔接和相互借鉴（如刑事诉讼、行政诉讼和民事诉讼程序之间的衔接和借鉴，正式程序和简易程序的交互运用）。其三，它还意味着我国的法治建设要不断探索一些新的救济手段。比如，辩诉交易制度是对提高司法效率、降低司法成本、增加裁决的可接受性都具有较大作用的一种司法制度；简易复议制度则提供了一种低成本、高效率的权利救济方式，较好地平衡并兼顾了公平与效率两种价值；在土地征用、房屋拆迁、交通事故、工伤补偿、社会保障等专门性争议领域中，可尝试建立行政裁判所，保障裁决机构的独立地位，并建立不服裁决的上诉制度，以有利于解决当前社会的热点和难点问题。

国务院《全面推进依法行政实施纲要》十分重视行政机关在纠纷解决中的重要作用，强调完善和整合调解、信访、裁决、复议等各种行政救济方式，积极探索高效、便捷和成本低廉的防范、化解社会矛盾的机制。2005年初新修改的信访条例，努力更大程度地发挥信访制度的作用。2005年4月颁布的公务员法，具体规定了人事争议仲裁制度，第一次引入仲裁制度解决公法争议，并将它与法院诉讼相

〔76〕 前引〔13〕，罗豪才主编书，第365页。

衔接,非常鲜明地体现了权利救济方式的整合。下一步在行政诉讼法、行政复议法和国家赔偿法等重要法律的修改上,都应当把整合与完善纠纷解决和权利救济机制作为核心任务。

#### (六)“私法的社会化”成为私法建设的一大特色

改革开放以来,我国私法建设取得了显著成就。到上世纪90年代中期,我国已经形成了以民法通则为总揽,以民事单行基本法为主干,以众多民事条例、细则为支脉,辅之以一定数量的司法解释的私法法律框架。在这一阶段中,私法建设不断凸显出“私法自治”在私法中的龙头地位,是私法的最高原则和根本价值,<sup>[77]</sup>这一特征构成了私法建设单一的主色调。1986年颁布的民法通则,绝大多数规定都围绕民事主体资格的确认、民事主体的财产权以及商品交易的原则和规范来展开,也就是以法律形式对商品交换的三个前提加以保障与确认。<sup>[78]</sup>该法是“私法自治”精神的最初法律体现,但仍然遗留了许多计划经济的痕迹和影响。1993年通过的宪法修正案,规定国家实行社会主义市场经济,从而使私法自治有了宪法依据,并加速了私法建设进程。1999年颁布的合同法废止了1981年颁布的经济合同法、1985年颁布的涉外经济合同法和1987年颁布的技术合同法,在私法领域中比较彻底地消除了计划经济的残余,“私法自治”精神得到极大张扬。但是,随着改革开放的不断深入,我国的经济和社会生活关系发生了深刻的变化。与之相适应,自上世纪90年代后期开始,我国私法建设在“私法自治”精神不断强化的同时,也逐渐开始对其在一定范围内的适用予以必要的限制,从而呈现出以“私法社会化”为方向的轻微调整。<sup>[79]</sup>这主要体现在两个方面:一是私法中强制性规范的比例增加。如1995年颁布的担保法中关于不得抵押的财产的规定、不得约定转让抵押物所有权的规定,1999年颁布的合同法中关于国家订货合同的规定、依据合同性质和法律规定不得转让合同的规定,2002年颁布的农村土地承包法中,关于土地承包期限的规定、承包经营权流转的规定等都属于强制性规范。<sup>[80]</sup>在这三部法律中,强制性规范比重不断加大,而且在相关司法解释中强制性规范则更多。二是个人所有权承担了更多的义务。<sup>[81]</sup>例如,2003年国务院颁布的物业管理条例将物业管理权授予了业主大会,实际上就是对业主房屋所有权和使用权的一种限制。也就是说,个人所有权基于公共利益承担了更多的义务。

“21世纪将是私法社会化更加蓬勃发展的时代。”<sup>[82]</sup>我国未来的私法建设必然要回应这一挑战,并因此形成我国今后私法建设的亮点和特色。在这一过程中,要正确认识和准确把握两方面的关系:一是要正确认识“私法自治”与“私法社会化”之间的关系。“私法社会化”并不意味着对“私法自治”的否定,而是对私法自治不足和缺陷的补充与纠正。有私法学者认为,“私法仍然是私法,自治、平等、自由等仍然是民法应有的精神,私法没有被社会化,充其量,私法含有个别规定社会化的影子。”<sup>[83]</sup>但是,“私法社会化”的现象也提醒我们,在今后的私法建设中,要摒弃以前片面强调个体自由和形式平等的习惯思维,兼顾对社会正义的时代需求,以强制性规定来加强对私法关系中弱势一方

[77] 肖世雄:《民法之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第19页。

[78] 佟柔主编:《民法总则》,中国人民公安大学出版社1992年版,第7页以下。

[79] “私法社会化”是与个人主义和自由主义的私法相对的。它强调基于社会集体的责任应对个人权利和意思自由进行必要的限制,其直接而又集中地反映在私权及其规则方面。也就是说,所谓“私法社会化”,更多地是指私权的“社会化”。这一判断作为抽象的价值判断返回到私法中,并引导着私法理论的建构和私法法治的建设。参见吴汉东主编:《私法研究》第1卷,中国政法大学出版社2002年版,第117页以下;李贵连、俞江:《“私法社会化”思潮与中国民法现代化——以私权及其规则为观察角度》,载《“中国民法百年回顾与前瞻”学术研讨会论文集》,法律出版社2003年版。

[80] 参见担保法第37条、第40条;合同法第38条、第79条;农村土地承包法第20条、第49条。

[81] 法国学者Duguit认为,随着私法的社会化,所有权已经不是权利,而是一种社会性功能而已,所有权人不仅是以所有物来满足其个人的欲望,还有为了公共的必须和国家以及所属团体的需要利用该所有物的“义务”和“权能”。参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第224页。

[82] 前引[79],吴汉东主编书,第134页。

[83] 李建华、许中缘:《论私法自治与我国民法典——兼评〈中华人民共和国民法(草案)〉第4条的规定》,《法制与社会发展》2003年第3期。

的有效保护,从而更加充分地实现私法精神所强调的个体自由、平等和自治。民法典的制定是如此,物权法的制定也不例外,这似乎是整个私法建设的基调。二是要准确把握任意性规范与强行性规范之间的关系。“民事活动需要规制,但过度规制就会适得其反,影响社会经济生活的发展,这是民法典立法应当慎重考虑的一个问题。”〔84〕一般而言,在物权、知识产权和人格权等对世权领域应完全采取强行性规范,在婚姻、继承、收养等亲属法领域应主要采取强行性规范,在证券、票据等特殊领域主要采取强行法,在债权领域则应以任意性规范为主、强行性规范为辅。这些似应是今后进一步完善私法部门、再塑公民私域的方向。

最后需要指出的是,本文基于我国国情,借鉴各国经验,对我国未来法治发展趋势所作的前瞻性的判断不可能满足完全的理性,而只可能是满足一定程度的理性。因此,从最终意义说,所有前瞻性的“预测”都可能被现实的发展所嘲笑。但是,我们的法治建设已经“走上一条在西方挑战面前回应挑战的道路,走上一条学习西方、为我所用的道路,走上一条移植法律、适宜本土的道路,走上一条设计操作高成本和社会低代价的道路。”〔85〕而要在法治建设中真正实现社会的低代价,就必须把更多的成本投入到制度设计中,以期国家的制度供给能够最大可能地满足理性的要求,符合时代的需要。

---

**Abstract:** The social transition is a process of exchanging values, reconstructing orders and rebuilding civilizations. It is a key point for a country and nation to inherit her ancient excellent traditions and to resolve present pragmatic problems, planning for the direction of intended development. In the process of the west's transition of society, the developing of rule of law has embodied both the unique hues and some basic commonness, basing itself both on individual traditions and general laws of the rule of law. Presently our country is undergoing a sharp transition of society. The basic commonness, fundamental characteristics and general rules of the west's transition of society will inspire us a lot as the good reference, helping to forecast the trend of rule of law trend in our country.

**Keywords:** transition of society, establishment of rule of law, road to rule of law

---

## 书 讯

由中国社会科学院法学研究所刘翠霄研究员撰写的《天大的事——中国农民社会保障制度研究》已由法律出版社于2006年5月出版。该书对农民社会保障制度缺失的原因以及在建立农民社会保障制度上的认识误区进行了深入的分析 and 论证,对农民社会保障制度与社会公正、社会主义市场经济、建设小康社会的密切关系也进行了详细的论述,最后还对如何构建农民社会保障制度进行了构想。总之,本书为农民社会保障制度的研究和实践提供了一定的参考依据,有阅读的的必要和价值。

〔84〕 江平:《制定一部开放型的民法典》,《政法论坛》2003年第1期。

〔85〕 黄之英主编:《中国法治之路》,北京大学出版社2000年版,第166页。