

课程创新引领法治人才培养： 法治评估学的教学内容、方法与改革实践

序号	文章	期刊	引用与下载
1	《法院互联网司法的运作机制与实践效果——基于组织生态视角的分析》	《中南民族大学学报》2021年第8期	被引用1次 被下载523次
2	《京津冀营商环境协调机制的建构》	《河北学刊》 2021年第4期	被引用4次 被下载705次
3	《社会治理法治化及其评估标准探究》	《“一国两制”研究》2021年第1期	
4	《立法后评估中的公众参与“虚置”及治理路径》	《北京行政学院学报》2021年第1期	被引用6次 被下载558次
5	《法治营商环境下外商投诉协调处理机制的实践困境与出路》（英文）	《中国法学》 （CHINA LEGAL SCIENCE） 2020年第4期	被引用1次 被下载154次
6	《新媒体对中国公众法治认同的消解及其应对》	《云南社会科学》 2018年第3期	被引用7次 被下载520次
7	《法治评估的实践困局及其破解——以哈耶克进化论理性主义法治思想为理论参照》	《青海社会科学》 2017年第1期	被引用5次 被下载607次
8	《法治评估的实践反思与理论建构——以中国法治评估指标体系的本土化建设为进路》	《法学评论》 2016年第1期	被引用47次 被下载2122次 《法制与社会发展》 2017（04、05）等引用
9	《形式公正理性引领下法治变革的价	《湖北社会科学》	被引用1次

	值取向——以韦伯形式理性法治模式为分析框架》	2016年第6期	被下载 474 次
10	《借鉴域外经验 推进法治中国建设的理论研究——简评〈论哈贝马斯程序主义法范式及其中国意义〉》	《河北法学》 2016年第7期	被引用 3 次 被下载 331 次
11	《迈向实证主义的中国法治评估方法论——以世界正义工程法治指数建构方法为镜鉴》	《理论与改革》 2015年第6期	被引用 11 次 被下载 792 次
12	《现代法治主义的经典理论——马克思·韦伯形式理性法治观评析》	《法制现代化研究》 2015年卷	被引用 4 次 被下载 180 次
13	《范式与路径的交互映照：中国经济法的理论负重与现实拓宽》	《社会科学战线》 2015年第9期	被引用 13 次 被下载 486 次
14	《中国法治评估指标体系的生成与演进逻辑——从法治概念到评测指标的过程性解释》	《理论与改革》 2015年第2期	被引 25 次 被下载 1211 次
15	《地方法治指数的理论维度与实践走向》	《理论与改革》 2014年第11期	被引 17 次 被下载 660 次
16	《中国法治评估进路之选择》	《法商研究》 2014年第3期	被引 66 次 被下载 2196 次
17	《论法治建设指标体系的特性与功能》	《法学评论》 2016年第1期	被引用 20 次 被下载 1100 次
18	《社会治理法治建设指标体系的设计、内容及其评估》	《法学杂志》 2016年第6期	被引用 53 次 被下载 2480 次 《新华文摘》全文转载
19	《党政主导下的地方法治评估实践研究——以湖北法治评估模式为例》	《法治现代化研究》 2017年第3期	被引用 3 次 被下载 233 次
20	《法治体系建设语境下检察制度发展完善的途径》	《人民检察》2015 年第17期	被引用 1 次 被下载 247 次

21	《建立科学的法治建设指标体系和考核标准》	《人民日报》 2013年12月29日	被引用 11 次 被下载 206 次
22	《论法治建设指标体系和考核标准的科学构建》	《法制与社会发展》 2014年第1期	被引用 55 次 被下载 1990 次
23	《论财政体制与我国环境法的实施责任——以丹江口市为例》	《法学杂志》 2016年第3期	被引用 14 次 被下载 513 次
24	《法学人才培养目标的反思与定位》	《法制与社会发展》 2015年第5期	被引用 3 次 被下载 453 次
25	《中国古代流域生态治理法律制度及其现代启示》	《吉首大学学报(社会科学版)》2018年第6期。	被引用 8 次 被下载 813 次
26	《多元程序进路下环境公共利益司法体系的整合与型构》	《郑州大学学报(哲学社会科学版)》 2020年第5期	被引用 22 次 被下载 883 次
27	《指导性案例同质化处理的困境及其突破》，	《法学》 2017年第1期。	被引用 84 次 被下载 1642 次
28	《案件事实认定中法官前见的偏差及其控制》，	《法商研究》 (CSSCI)，2018 年第4期。	被引用 38 次 被下载 1202 次
29	《论我国契约法理体系的构成：来源、原则与教义》	《法制与社会发展》(CSSCI)， 2019年第2期。	被引用 16 次 被下载 959 次
30	《概念思维与类型思维：刑法立法形式的抉择》	《暨南学报》 (CSSCI)，2017 年第1期	被引用 11 次 被下载 494 次
31	《政府信息公开的宪法逻辑》，	《中国法学》 2016年第3期	被引用 123 次 被下载 4891 次
32	《中国宪法体制的规范结构》，	《法学评论》 2021年第2期	被引用 14 次 被下载 970 次

33	《立法赋权、决策控制与地方治理的法治转型》	《法学》2017年第6期	被引用 64 次 被下载 1933 次
34	《信访纳入宪法监督体制的证成与路径》	《法商研究》2016年第3期	被引用 30 次 被下载 1625 次
35	《监察体制改革促进监督体系贯通的逻辑与路径》	《法商研究》2022年第2期	被引用 2 次 被下载 1379 次

法院互联网司法的运作机制与实践效果

——基于组织生态视角的分析

张德森 路歌

(中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430074)

摘要: 已有对互联网司法的研究主要从理论和规范视角切入,实证研究相对缺乏。借鉴组织生态视角,分析组织结构和组织环境对互联网司法运行和实践效果的影响,有助于加深对互联网司法的认识。研究发现,法院组织结构给互联网司法建设提供了强大的体制推力,不过,受到组织环境的制约,互联网司法运行效果并不理想,同时潜藏诸多现实风险。互联网司法建设既需要注重技术研发与平台建设,还需要从基本理念、制度体系、社会环境、治理模式等方面来完善互联网司法的生态体系。

关键词: 互联网司法; 组织生态; 社会环境; 司法体制改革

中图分类号: D920.0 **Doi:** 10.19898/j.cnki.42-1704/C.2021.0813

文献标志码: A **文章编号:** 1672-433X(2021)08-0110-10

一、问题的提出

从2013年开始,最高人民法院推动互联网司法建设,将司法改革与信息化建设相融合。经过数年发展,互联网司法的模式在各级法院得到普遍应用。2021年最高人民法院工作报告指出,通过构建中国特色、世界领先的互联网司法新模式,为全球互联网法治发展积极贡献中国方案^[1]。

伴随我国法院互联网司法模式的形成与完善,学界从理论视角和规范视角展开探讨。理论视角主要关注互联网、大数据、人工智能等新技术应用到司法过程中的潜在风险,揭示新技术应用与司法权内在属性之间的张力,进

而提出如何防范风险,充分保障司法公正^[2]。规范视角主要关注互联网司法模式对传统诉讼规则与审判原理的挑战,并探讨如何建构与传统诉讼基本原则和理论教义相兼容的互联网司法规则体系,具体包括互联网法院的案件管辖规则、涉网案件审理规则、区块链证据认定规则以及电子送达规则等^[3]。

上述研究对于防范互联网司法风险,完善互联网诉讼规则体系都具有重要意义。不过已有研究还存在继续推进的空间。首先,对互联网司法的实证研究相对不足。虽然部分研究使用了一定数量的经验素材,但研究结论主要建立在相关理论和学说基础之上,对于互

收稿日期: 2021-03-16

基金项目: 一流学科重点建设项目“互联网司法的疫情应对——以司法能力提升为中心”(2020ZD06); 学科会聚项目“中国法治营商环境评估研究”(xkhj202115)

作者简介: 张德森,中南财经政法大学教授,主要研究法理学。路歌,中南财经政法大学博士研究生,主要研究司法制度。

联网司法实践缺少全面深入地分析。其次,已有研究主要从司法权的内在属性和大数据、移动互联网技术的内在逻辑出发,缺乏对司法体制和外部环境的关注。互联网司法的运行和实践效果会受到司法体制和外部环境的影响,具体包括法院自身的组织目标、推动互联网司法建设的组织机制、当事人的接受和认可、社会治理的内在需求等。

借鉴组织生态学^[4]的理论和方法,可以弥补已有研究的不足。具体可从组织结构和组织环境两方面来研究互联网司法模式的推广和运行。一方面,互联网司法模式的推广离不开组织结构的支持,包括组织目标嵌入、组织机制推动和组织体制支撑。另一方面,互联网司法模式的运行受到组织环境的影响。组织环境为互联网司法运行提供了必要的资源和支持,法院在组织环境中的“生态位”决定了其获得资源和支持的能力。研究发现,法院组织结构为互联网司法建设提供了强大的体制推力,但是受到组织环境的制约,互联网司法的运行效果不理想,同时潜藏诸多现实风险。实现互联网司法的良性发展,不仅需要注重基础设施建设、技术研发和平台建设,更需要逐步培育和改善互联网司法的生态体系。

二、组织结构塑造下的互联网司法模式

法院是一个公共组织,司法实践是法院作为一个组织所实施的活动^[5]。法院的部门目标、组织体系、组织管理方式都会对司法实践产生实质性影响。互联网司法模式的推广和运行也受到法院组织结构的影响。

(一) 法院组织结构及其作用机理

有关组织结构对司法的影响在很长一段时间并未得到充分关注。这是因为受形式主义法治理念影响,司法被认为是一个技术化、逻辑化、理性化的运作过程,组织生态的影响未能获得充分关注^[6]。另外,对于司法机构的认识和理解主要以英美等国的司法实践为背景,而这些国家的司法机构属于较为松散的

“协作型组织结构”,我国的司法机构则属于较为紧凑的“科层型组织结构”^[7]。不过,近年来,组织结构对司法运行的影响得到越来越多的关注^[8]。互联网司法运行也受到法院组织结构的影响,主要表现为以下几方面。

1. 组织目标的嵌入。已有研究关注到效率导向的技术法则与程序导向的司法属性对互联网司法运行的影响,法院自身的组织目标未能得到充分重视。

2. 组织机制的推动。互联网司法建设依托于法院的组织体系,通过自上而下的层层推进。互联网司法建设会面临部门合作困难、政策推动受阻等挑战,还需要协调好“顶层设计”和“基层探索”之间的关系。一方面,需要通过顶层设计来实现互联网司法建设的统一性;另一方面,需要给基层探索一定空间,充分调动地方积极性,确保互联网司法能够兼顾不同地方的具体情况。这些问题的解决都离不开相应的组织机制。

3. 组织体制的支撑。组织目标的嵌入和组织机制的推动都依赖于组织体制的支撑。司法科层体制有效推动了互联网司法模式的迅速发展。由于组织目标的嵌入、组织机制的推动以及组织体制的支撑,互联网司法建设获得强大的体制推力,这是其得以迅速发展的重要原因。

(二) 互联网司法建设的“组织目标嵌入”

法院推动互联网司法建设的目标既包括抽象的远期目标,也包括具体的近期目标。

前者包括以下几项。

1. “接近正义”目标。维护公平正义是司法的核心价值,但由于资源限制、区间阻隔等因素影响,人们在寻求司法救济时经常遭遇挫折、面临困难^[9]。互联网技术的应用可以减少当事人的诉讼成本。例如2020年推进的“两个一站式”建设,为当事人提供了丰富快捷的纠纷解决渠道和一站式高品质的诉讼服务。各地法院通过网上立案、跨域立案、线上

调解等技术创新降低了当事人的诉累。互联网技术在保障“接近正义”目标的显著作用是其被迅速推进的重要原因。

2.“网络社会治理”目标。互联网司法建设广义上是为了实现网络社会治理的宏观目标。例如,互联网法院建设通过构建互联网审判的新模式和新机制,探索互联网新类型案件裁判规则,以形成更多可复制、可推广的经验,实现互联网与审判的深度融合,在此基础上实现网络社会治理^[10]。当前信息革命下,网络社会治理成为国家治理体系的重要组成部分,实现网络治理也是推动国家治理体系和治理能力现代化的重要目标。

3.“组织内部治理”目标。如何实现对组织成员的有效监督和激励是任何一个组织体所面临的核心问题。法院主要依靠审判管理制度实现组织内部治理。不过,传统审判管理面临信息不对称问题,这导致对法官的激励和监督效果受限。信息化技术可以实现对审判活动的全程跟踪和审判过程的全程留痕。依靠信息系统,法院内部形成一套“全景敞视主义”的审判管理模式,实现对法官的有效监督与激励^[11]。此外,信息系统所搜集的数据还可以作为法院分析和研判司法形势的依据和参考,为法院制定司法政策和进行业务指导提供借鉴。

解决当下法院所面临的紧迫问题,构成了推动互联网司法建设的近期目标。具体包括以下几方面。

1.缓解“案多人少”困境。利用纠纷解决平台,整合不同部门的解纷资源,提高调解效率,减少进入审判环节的案件量是互联网司法建设的现实目标。

2.解决“执行难”“送达难”问题。“线上执行”“电子送达”等新技术的推广实际上旨在化解长期困扰人民法院的“执行难”“送达难”问题。线上执行通过整合不同平台,显著减少了法官的执行成本。另外,区块链技术突

破了传统中心化的模式,使法律的约束与执行逐渐走向一体,从而有助于解决“执行难”^[12]。

3.防控司法风险。互联网技术提供了司法的透明度,有助于防控缠访、闹访现象的发生。例如,杭州互联网法院的执行人员通过手中的5G区块链执法记录仪将在执行活动中清点物品的过程展现给被执行人,并将现场全部信息交互至指挥中心,全程高清无延迟,执行的音视频同步至司法区块链,全过程可视,公正公开透明高效^[13]。

(三) 互联网司法建设的“组织机制推动”

互联网司法模式的推广依赖于一系列组织机制。

1.通过试点机制兼顾“顶层设计”与“基层探索”。我国幅员辽阔,不同区域经济社会发展水平有较大差异,政策在推广过程中既需要保持统一性,同时需要结合各地实际情况进行灵活调整。互联网司法建设也面临类似问题。试点机制可以兼顾“顶层设计”与“基层探索”。从2013年以来,最高人民法院围绕司法公开、智慧法院建设、在线诉讼、互联网法院诉讼规则等发布多个文件,初步建立起互联网司法的整体框架。在此基础上,最高人民法院选择部分地方法院作为试点单位,就在线诉讼、“两个一站式建设”等举措进行试点。在试点机制推动下,各地法院进行探索和创新,涌现出“QQ法庭”“电子法院”“数字法庭”“移动微法院”等先进经验。地方法院的探索为最高人民法院的顶层设计也提供了有力参考。

2.通过小组机制破解“科层耗散”与部门“孤岛现象”。科层体制的运行容易出现“科层耗散”和“孤岛现象”,前者指组织意志自上而下传递过程中的损耗,后者是指不同部门之间因职能、资源、信息、利益不同而难以整合^[14]。这会削弱组织效率,导致部门目标难以实现。在互联网司法建设过程中,各级法院成立“领导小组”“办公室”“指挥部”等临时

组织来推动各项工作。这些临时组织有法院院长、副院长担任组长和副组长,相关部门参与,例如 2014 年某法院成立“信息化工作领导小组”,由院长担任小组组长。这些临时组织可以整合部门资源,强化政策传递,从而破解“科层耗散”与“孤岛现象”。

3. 通过行政机制破解“道德风险”和“逆向选择”。科层体制运行还会面临“逆向选择”和“道德风险”问题。根据“委托-代理”理论,部门与成员之间存在信息不对称,他们完成部门任务时可能会偏离部门目标,甚至以自身目标取代部门目标,从而出现“逆向选择”和“道德风险”^[15]。委托-代理理论主要被用来分析行政机构和企业的内部治理问题。虽然法院的组织形态与行政机构和企业并不完全相同,但也面临类似问题。解决这一问题的关键是设计一套激励机制促使代理人采取适当行动,最大限度地增进委托人的利益^[16]。指标考核、评比排名等行政机制有助于解决代理问题。各地法院为推动互联网司法建设,根据最高人民法院发布的司法信息化和“智慧法院”建设评价指标体系,编制了用来考核本院法官网上办公办案情况指标体系,并将考核结果与评优评先相挂钩。

组织机制的有效运行依托于法院内部自上而下的条线控制。根据《人民法院组织法》规定,上下级法院之间为审级关系,而非行政化的上下级关系。不过,近年来法院内部自上而下的条线控制不断增强。虽然相比于行政部门,上下级法院之间的条线控制仍比较弱,但已经能够支撑指标考核、评比排名、政策试点等组织机制的有效运行。上下级法院之间的条线控制主要体现为两方面:一是基于审判业务指导的条线控制。这主要包括上级法院通过制定司法政策、审判工作会议等方式对下级法院的审判工作进行指导,以及依据审判质量标准体系,对下级法院的案件审判质量进行常规性或者专项检查。其中,在线诉讼模式的

推广成为上级法院审判业务指导工作的重要组成部分。二是基于人财物管理的条线控制。在下级法院的人员选任上,上级法院的权力不断扩张。2015 年新一轮司法体制改革背景下,人财物省级统管的制度设置进一步增加了上级法院的权力,强化了法院内部自上而下的条线控制。

三、组织环境影响下的互联网司法实践

互联网司法受到组织环境的影响。组织环境为互联网司法运行提供了必要的资源和支持,法院在组织环境中的“生态位”决定了其获得资源和支持的能力。当前法院的组织环境并不理想,这使互联网司法的运行效果受到影响。

(一) 法院组织环境及其作用机理

互联网司法与法院组织环境之间具有十分密切的关系。一方面,移动互联网、人工智能、大数据等新技术的应用会影响,乃至重塑法院的组织环境。另一方面,组织环境也会对互联网司法的运行过程和实践效果产生影响。这具体表现为以下几个方面:

1. 组织环境为互联网司法的推广提供必要的资源。组织生态学认为,组织的创建和运行需要调动相应的资源,这些资源主要由外部环境供给。为深入分析环境对组织运行的影响,组织生态学提出了“承载力”的概念,用以描述组织演进对社会和经济环境中多维度因素的依赖^[18]^[67]。互联网司法模式的运行也离不开外部环境的资源供给。互联网司法模式对于资源的依赖度较高,包括信息化设施建设、场所建设,平台购买等,都需大量的资金投入。外部环境的资源供给状况会影响乃至决定互联网司法的运行效果。

2. 组织环境是互联网司法运行效果实现的必要条件。互联网司法运行旨在化解法院“案多人少”困境,解决“送达难”“执行难”等问题。这些目标的实现在很大程度上也依赖于组织环境。如果组织环境不理想,互联网技术对司法的赋能效应会受到影响。

3.法院的“生态位”会影响互联网司法的运行。“生态位”是指组织在发展的特定阶段内,基于自身资源禀赋在所处环境中与其他组织所形成的相对位置^{[18]52}。法院的组织生态位是指其在地方权力体系中所处的位置,以及与其他部门所形成的关系。法院的“生态位”会影响乃至决定其他部门对互联网司法的支持与协助,进而影响到互联网司法的运行效果。

从司法实践来看,由于组织环境不理想,来自外部的资源供给和支持相对有限,互联网司法运行的效果并未充分达到预期。这可从社会环境和政治环境两个方面来认识。

(二) 社会环境对互联网司法运行的影响

有关社会环境对司法实践的影响已有深入研究^[19],互联网司法运行也受到社会环境的影响,具体表现为以下几方面:

1. 社会治理的内生需求。社会治理的内生需求构成互联网司法运行的动力。伴随经济社会快速发展与互联网技术的广泛应用,涉网案件逐渐出现并不断增多。为回应涉网案件审理需要,我国于2017年后成立三家互联网法院,作为通过在线方式审理涉网案件的专门法院。同时,社会公众对于提高司法效率、扩大司法公开、降低诉讼成本的期待和需求也推动各级法院积极利用各类新型技术。不过,我国不同区域经济社会发展水平有较大差异。在中西部地区,基层法院所受理的案件仍多为相邻纠纷、家事纠纷、土地纠纷等传统案件。根据法官和当事人反馈,此类纠纷更适宜线下解决。一方面,很多当事人希望法院能够深度介入,不愿选择线上调解和审判;另一方面,法官需要更好地观察和了解当事人心理,通过做工作来缓和他们的情绪,修复他们之间破损的社会关系,这些工作更适合在线下完成。即使在东部地区,社会治理对于互联网司法的需求仍不充分。有调研发现,杭州互联网法院审理的案件中网络购物合同纠纷和借款合同纠纷所占比重较大,这两类案件事实清楚、法律关系简单,其中大部分案

件并不涉及互联网规则创新等问题^[20]。在其他区域的调研发现,涉网案件占法院案件总量不高,这导致区块链证据的调用率处于低位^[21]。

2. 当事人的配合与服从情况。这既包括配合与服从司法机关所作出的各种决定,尤其是自觉履行各项司法裁判义务,也包括配合与服从司法机关及司法人员依法提出的各种要求以及作出的各种安排^[22]。当事人的配合与服从在很大程度上决定了司法效率以及纠纷解决目标的实现。“执行难”“送达难”等问题很大程度上是因为部分当事人对司法的逃避、抵制和抗拒。移动互联网、大数据等技术的应用在一定程度上可以规制当事人的逃避和抵制行为。例如,在线财产查控可提升法院搜寻和查控可执行财产的效率,通过互联网平台公开失信被执行人信息也可以对被执行人产生强大威慑。但也需要看到,互联网司法的防范和规制效果相对有限。例如,在线庭审过程中,法官维护庭审秩序的能力有所减弱,部分当事人通过中断信号、中止视频等方式妨碍审判,这会导致在线庭审效果不佳,法官的使用意愿不强。

3. 社会公众的认可与支持。互联网技术的应用有助于改善社会公众对司法的印象,提升司法的社会认同。反之,社会公众的认可与支持也会影响到互联网司法的运行。一是社会观念对互联网司法的影响。以时间观念为例,在线诉讼会显著减少当事人参与诉讼的时间,从而实现诉讼与生活、工作相协调。不过,在线诉讼带来的时间节省是否能够被当事人所感知和认可,这取决于当事人的时间观念。有研究指出,人类社会中的时间来自社会生活,不同的社会结构蕴含不同的社会时间,社会时间是社会群体社会生活的节奏本身^[23]。在工业化水平较高的地区,当事人对于在线诉讼的接受度很高;在工业化水平不高、传统农业占比较高的地区,在线诉讼所带来的时间节省难以被当事人充分感知。二是信息化平台和应用的使用体

验。当事人使用信息化平台和应有的感受会影响他们对互联网司法的认可。虽然注重用户体验是互联网技术的核心要义,不过,受到多种因素影响,部分法院网上立案、在线缴费、电子送达平台和应用的使用体验不良,这会减弱当事人认可和使用意愿。

(三) 政治环境对互联网司法运行的影响

司法与政治关系紧密,内在相联。一方面,司法需要更紧密地贴近于政治全局的要求,努力实现主导政治力量所确定的社会目标;另一方面,政治也需要给司法提供必需的资源,积极倡导和维护司法权威^[24]。互联网司法的运行也受到政治环境的影响。这具体体现为以下几方面:

1. 互联网司法所需的资源供给和政策支持。互联网司法建设需要较多的资源投入。实证调研发现,法院互联网司法建设的效果在一定程度上取决于部门向外争取资源的能力。在 H 省法院调研发现,该省 L 市中院和 R 县法院为在线诉讼的试点法院,两个法院近年来均投入巨大资源来推广在线诉讼。其中, L 市中院争取资金,自建送达平台;同时,利用互联网、大数据、人工智能等技术,建立“24 小时自助法院”。R 县法院通过当地政法委的支持争取专项资金,自建电子送达平台。不同于最高人民法院的统建平台,自建平台可以根据使用法院的需求做出应用调整,用户使用体验更好,效率更高。从全国范围看,地方财政收入构成了决定互联网司法运行效果的重要因素。东部地区经济发展水平较高,地方财政收入较高,对法院的支持力度较大,法院拥有丰沛的资源推动互联网司法建设;中西部地区经济发展水平较低,地方党委政府因财政收入不高,对法院的支持有限,法院用以推动互联网司法建设的资源较少。

2. 信息化平台运行所需的组织体系和配套机制。在线调解、电子送达、在线执行等信息化平台的运行离不开相关职能部门、村社组织等

主体的配合与协助。信息化平台虽然可以打破部门间的“信息孤岛”,但是难以打破部门间的科层壁垒,因而需要完善的组织体系和配套机制来促进部门合作,保障信息化平台的运行。以多元化纠纷解决平台(ODR 平台)为例,在 Z 省部分法院调研发现,地方党委政府对法院互联网司法予以较大支持。一方面,通过司法行政部门招募退休政法工作人员、村干部等作为在线调解员,并建立完善的人员管理、考核、经费发放制度;另一方面,将是否配合法院线上调解纳入对司法行政部门、村社组织等的考核。这些措施充分支持了 ODR 平台的运行,保障了平台的解纷功能。

3. 法院在政治环境中的“生态位”。法院的生态位是指其在地方权力体系中所处的位置。这既取决于正式制度中有关法院与其他部门间权力关系的法律规定,也取决于法院所拥有的潜在权力资源。从司法实践来看,当前法院的“生态位”并不理想,这会制约互联网司法的运行效果。法院在地方权力体系中处于弱势,这意味着法院获得其他部门配合与协助的难度较大,需要依赖地方党委和政法委的临时性协调。在新一轮司法体制改革背景下,法院与地方其他部门的权力关系有所减弱,这虽有助于减少与排除外部干预,但可能会进一步增加其获取其他部门配合的难度。目前互联网司法建设主要由法院内部自上而下推动,其他相关部门的参与度不高。同时,法院的司法信息化平台与地方的治理平台也未充分衔接,这都会制约互联网司法的运行效果。

四、互联网司法的运行困境与风险

受到组织环境的制约,互联网司法的运行效果并未达到预期,司法运行过程中潜藏诸多现实风险。在深入推进司法体制改革进程中,需要着力化解互联网司法的运行困境,积极预防各类风险。

(一) 互联网司法建设与基层司法实践的张力

“组织目标嵌入”和“组织机制推动”有助于互联网司法建设的推进,但也容易加大互联网司法模式与基层司法实践的张力。

1.组织目标与司法权属性的张力。司法活动具有特殊的性质和规律,司法权是一种对案件事实和法律的判断权和裁决权。司法权的属性具体包括司法的独立性、中立性、被动性、公开性、权威性^[6]。嵌入互联网司法建设的组织目标可能有悖司法权的内在属性,例如“组织内部治理”与法官主导的张力。信息化技术可以弥补传统审判管理的缺陷,增强法院审判管理的能力,但同时也可能会缩小法官的行为空间,进而可能损害其主体性^[25]。此外还表现出“接近司法”与司法有限性的张力。司法的资源和能力是有限的,司法遵循消极被动原则,不主动干预社会生态^[26]。互联网司法可以降低当事人诉讼成本,但同时也可能导致法院案件受理量的增加,超出法院的解纷能力。

2.组织机制与司法运行的张力。法院内部的组织机制为互联网司法建设提供了充足的体制推力,但是也存在诸多问题:首先是“一刀切”的指标设计。各地法院会根据最高法院的要求,结合本院实际设计有关互联网司法的指标体系。不过,部分地方的指标设计容易忽视法院的审级差异,用考核基层法院的指标来考核中级法院;以及忽视区域差异,简单挪用其他地区法院的指标体系。其次是“层层加码”的指标考核。部分法院可能在上级法院的指标体系之外增设新指标,以及增加指标考核的分值,这会给予下级法院带来极大压力。以庭审直播为例,最高人民法院要求地方法院可以选择公众关注度较高、社会影响较大、具有法制宣传教育意义的案件进行庭审直播。但在调研中发现,部分法院对于“庭审直播”要求过高,甚至将庭审直播是否达标作为评优评先的一票否决标准,这会增加法官压力,对司法运行产生不利影响。

3.法院组织推动与社会治理需求的张力。互联网司法建设的动力主要来自法院内部自上

而下的组织推动和基层社会治理的内在需求。从司法实践来看,前者构成了互联网司法发展的主要动力,后者的作用并不十分明显。这有可能导致互联网司法建设与社会治理的需求相脱节,出现法官应付考核、当事人诉讼成本增加等后果。例如在P市法院的调研发现,由于信息化平台的使用体验不好,解纷效果较差,法官和当事人的使用意愿不高,但为完成考核,法官积极引导、反复劝说来院立案的当事人选择信息化平台。类似现象也存在于“电子法院”实践过程中,当事人需要在线上和线下重复操作。这既会增进法官的工作压力,也会减弱当事人对互联网司法的认可。

(二) 互联网司法运行效果的局限

移动互联网、大数据等新技术在司法领域的广泛应用有助于提高司法效率,保障司法公正。不过,由于组织环境的制约,互联网司法的运行效果并未达到预期。

1.资源供给不足制约互联网司法模式的推广。当前推动互联网司法模式的资源供给呈现出非均衡特征,表现为试点法院与非试点法院、上级法院与下级法院,以及发达地区法院与欠发达地区法院之间的非均衡供给,前者所获得的资源较多,后者较少。这会导致互联网司法建设进度和效果的差异化。有研究发现,上级人民法院和发达地区的基层法院的信息化管理工作较为全面、深入,偏远地区基层法院的推进力度较弱,人力、物力资源的匮乏是重要原因^[25]。对司法公开实证研究发现,政务网站建设并未全面覆盖,微博等新兴网络平台功能未能充分发挥,资源欠缺是主要原因^[27]。

2.配套机制的缺失制约信息化平台的运行效果。当前互联网司法建设偏重于技术层面的平台建设,人员配备与制度配套还不完善。一方面,专业人员配备不足。有研究发现,已经搭建司法区块链平台的互联网法院,只有24.02%的法官对区块链技术比较了解,其他法院的了解比例甚至不到3%^[21]。这会导致很多信息化

平台在建成以后使用率不高,缺少维护,甚至陷入“空转”的境地。另一方面,配套制度不完善。对多地法院的调研发现,多元纠纷解决平台的调解人员多为兼职,且缺乏有效的管理和考核,调解人员的工作动力不强,平台的解纷效果仍不理想,部分案件调解呈现出严重的形式化特征。

3. 社会环境和氛围制约互联网司法的运行效果。调研发现,部分地区公众对互联网司法的认可和接受度还不高,配合与服从司法的社会环境和氛围还不强,这会制约互联网司法的运行效果。例如,“电子送达”很难防范和规制被告的逃避和抵制送达的行为,解决“送达难”的效果并不理想。另外,信息化平台的运行还需要社会力量的充分参与,以及社会规范的充分激活与适用。不过,司法实践中村社干部、社会组织的参与度不高,道德、习俗等社会规范的约束力不强,这导致信息化平台难以发挥出预期效果。

(三) 互联网司法的现实风险

互联网司法的运行也潜藏诸多风险,已有研究主要关注技术应用的伦理风险和技术风险。受到组织生态影响,互联网司法运行还可能存在一系列现实风险。

1. 法官职业激励环境的变化。职业激励环境是指职业工作为从业人员提供的制度激励所形成的职业环境^[28]。良好的职业激励环境有助于提高司法效率、实现司法公正。互联网技术的应用有助于优化法官职业激励环境,不过,互联网司法建设过程中一些措施也会对职业激励环境产生不利影响。一方面,法官信息化工作压力增大。当前,法官承担了繁重的数据、信息的录入,信息化平台和应用的操作等工作。信息化工作压力过重可能会减弱法官的积极性。另一方面,法官职业风险增加。伴随司法活动透明度的增加,法官的职业风险也会随之变大。法官被暴露在网络空间内,一些只言片语可能被截取和炒作。

2. 司法行政化的隐忧。近年来,各级法院通过推动司法责任制改革,诸多打破司法行政化,切实保障法官的审判权。不过,一些新技术的司法应用可能对法官的审判权带来不利影响。例如,信息化技术可能增强法院的审判管理能力,但也可能限制法官的审判空间,行政化的审判机制也可能通过技术被重新构建起来^{[29]556}。另外,信息化技术有助于增强上级法院的审判业务指导能力,与此同时也可能强化其对下级法院的领导与控制,加剧法院内部的行政化^{[29]557}。

3. 类案类判的难度增加。为调动地方法院积极性,兼顾不同区域的特殊情况,互联网司法建设注重“基层探索”。不过,这容易导致互联网司法规则适用出现区域差异,违反法律的统一性要求。例如,有研究发现,对于第三方存证平台运营主体合法性、中立性问题,司法裁判中出现了“同案不同判”现象^[21]。这反映出不同地方法院就区块链证据的真实性认定规则并不相同。在互联网司法其他领域,也可能存在类似问题。

五、以完善组织生态为中心的优化路径建构

法院的互联网司法不仅受到技术本身的塑造,同时还面临来自组织生态的全方位影响。实现互联网司法良性发展,不仅需要注重技术和平台建设,同时需要全面改善互联网运行的组织生态。

1. 优化互联网司法建设的基本理念。组织生态视角的分析对推动互联网司法建设有诸多启示。一方面,互联网司法建设需要兼顾法院组织目标与司法权属性,具体包括兼顾司法便民与司法有限、坚持以审判为中心,以及突出当事人的主导地位。另一方面,需要将法院组织推动与社会内生需求相结合。目前互联网司法主要依赖于法院组织推动,社会内生需求的推动相对不足。因此,需要着力培育和激活当事人、法官对互联网司法的需求。通过改善用户

体验 降低使用成本 提高便捷度等方式来增强他们对互联网司法模式的认可度 提升他们的使用意愿。从长远来看 网络社会的深入发展会催生出对互联网司法的强大需要 需要将社会需求作为推动互联网司法发展的持久动力。

2.完善互联网司法运行的制度体系。互联网司法的良性运行离不开完善的制度体系。一是完备的规则体系。围绕诉讼法的基本原理,完善互联网司法的法律规范和法官操作规则,为互联网司法审判提供明确的规则指引。二是正式的组织机构。将传统临时性的“领导小组”转变为拥有固定职责和权限的正式组织机构,依靠正式机构来推动和管理互联网司法活动。三是理性的管理机制。避免过度依赖“指标考核”“评比排名”等行政化手段,同时,调整不合理的考核指标,逐步完善互联网司法评估体系。

3.改善互联网司法运行的社会环境。互联网司法的良性运行还离不开良好的社会环境。首先 防范社会环境的不利影响 提升互联网司法运行效果。其中,比较重要的是有效规制当事人滥用程序主导权的行为。在在线立案环节,需要有效甄别虚假诉讼、滥诉等诉讼行为;在审判和执行环节,有效规制当事人滥用程序主导权来逃避送达、躲避执行的行为。其次 改善当事人的“用户感受” 增强互联网司法的社会认同。这包括为当事人提供必要的条件和支持,减少当事人参与互联网司法的成本。只有注重当事人的“用户感受”,互联网司法建设需要才能够切实提升当事人的获得感和幸福感,进而增强当事人对互联网司法的接受、认可乃至支持,为互联网司法的发展奠定坚实的社会基础。最后 利用新技术激活社会资源 夯实互

联网司法运行的社会基础。一方面 积极吸纳社会力量参与法院互联网司法平台 弥补司法能力的不足 缓解法院案多人少困境;另一方面通过信息平台来激活社会舆论 重塑公共空间,充分发挥社会规范的引导作用。

4.构建网络社会的整体性治理模式。整体性治理是指政府部门运转和权力运行从分散走向集中、从破碎走向整合、从冲突走向协同,实现协作性、无缝隙的公共治理^[30]。网络社会的整体性治理模式具体是指“党委领导、司法主导、行政参与、社会动员”的组织格局。这主要表现为以下几方面:一是资源整合。互联网司法建设资源不仅需要依赖法院系统内部自上而下的供给,需要扩大地方党委政府的资源供给力度,切实解决制约互联网司法发展的资源瓶颈。二是平台接入。互联网司法平台需要主动接入地方智慧治理平台,在不违反相关法律规定的前提下,实现两个平台之间的信息传递和内容共享。三是体系融合。在保持司法自主性的前提下,实现地方智慧治理的组织体系与法院互联网司法体系的融合,完善法院与司法、公安部门的诉调对接。

总体来说 推动互联网司法的良性发展 需要改善互联网司法运行的组织生态。前一阶段的互联网司法建设偏重基础设施建设、技术研发与平台建设,下一阶段的互联网司法建设需要从基本理念、制度体系、社会环境、治理模式等方面着手来完善互联网司法的生态体系,从而化解互联网司法的实践困境,防范现实风险,最终实现在法治轨道上推动国家治理体系和治理能力现代化的目标。

参考文献:

- [1] 周强.最高人民法院工作报告——2021年3月8日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上[N].人民日报,2021-03-16.
- [2] 王禄生.司法大数据与人工智能技术应用的风险

- 及伦理规制[J].法商研究,2019(2).马长山.人工智能的社会风险及其法律规制[J].法律科学,2018(6).郑曦.人工智能技术在司法裁判中的运用及规制[J].中外法学,2020(3).

- [3] 郝晶晶. 互联网法院的程序法困境及出路[J]. 法律科学 2021(1). 洪冬英. 司法如何面向“互联网+”与人工智能等技术革新[J]. 法学 2018(11). 段莉琼 吴博雅. 区块链证据的真实性认定困境与规则重构[J]. 法律适用 2020(19).
- [4] AMBURGEY T L, H RAO. Organizational ecology: past, present, and future directions[J]. Academy of management journal, 1996, 39(5): 1265-1286.
- [5] 马超. 结构如何影响司法实践——以法院的立案实践为分析对象[J]. 政法论坛 2020(3).
- [6] 顾培东. 人民法院改革取向的审视与思考[J]. 法学研究 2020(1).
- [7] 达玛什卡. 司法与国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序[M]. 郑戈, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2004: 5-7.
- [8] 王亚新. 程序·制度·组织——基层法院日常的程序运作与治理结构转型[J]. 中国社会科学, 2004(3).
- [9] 马长山. 人工智能的司法重塑效应及其限度[J]. 法学研究 2020(4).
- [10] 高富平. 互联网法院的新定位与新机遇[N]. 人民法院报 2020-10-23.
- [11] 米歇尔·福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成 杨远婴, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1999: 231.
- [12] 高薇. 互联网争议解决中的执行问题——从司法、私人到去中心化数字执行[J]. 法商研究, 2018(6).
- [13] 邓恒, 王伟. 互联网司法研究: 探索、践行与发展——基于考察三家互联网法院的研究进路[J]. 中国应用法学 2020(5).
- [14] 王波. 执法过程的性质——法律在一个城市工商所的现实运作[M]. 北京: 法律出版社 2011: 12. 马伊里. 合作困境的组织社会学分析[M]. 上海: 上海人民出版社 2008: 2.
- [15] 赵蜀蓉, 等. 委托代理理论及其在行政管理中的应用研究述评[J]. 中国行政管理 2014(12).
- [16] 张春霖. 存在道德风险的委托代理关系: 理论分析及其应用中的问题[J]. 经济研究 1995(8).
- [17] 马长山. 智能互联网时代的法律变革[J]. 法学研究 2018(4).
- [18] 汉南 弗里曼. 组织生态学[M]. 彭璧玉 李熙, 译. 北京: 科学出版社 2014.
- [19] 布莱克. 社会学视野中的司法[M]. 郭星华, 等, 译. 北京: 法律出版社 2002: 6.
- [20] 陈旭辉. 互联网法院司法实践的困境与出路——基于三家互联网法院裁判文书分析的实证研究[J]. 四川师范大学学报(社会科学版) 2020(2).
- [21] 段莉琼 吴博雅. 区块链证据的真实性认定困境与规则重构[J]. 法律适用 2020(19).
- [22] 顾培东. 当代中国司法生态及其改善[J]. 法学研究 2016(2).
- [23] 陈柏峰. 发达地区农村的家庭代际关系及其解释——基于无锡调查的讨论[J]. 求索 2019(2).
- [24] 顾培东. 能动司法若干问题研究[J]. 中国法学, 2010(4). 顾培东. 当代中国司法生态及其改善[J]. 法学研究 2016(2).
- [25] 左卫民. 信息化与我国司法——基于四川省各级人民法院审判管理创新的解读[J]. 清华法学 2011(4).
- [26] 孙笑侠. 案多人少矛盾与司法有限主义[N]. 北京日报 2016-11-07.
- [27] 温泽彬 李劭申. “互联网+”背景下的司法信息公开研究——以最高人民法院“司法公开示范法院”为对象[J]. 现代法学 2016(4).
- [28] 吴洪淇. 司法改革与法律职业激励环境的变化[J]. 中国法学 2019(4).
- [29] 常鑫 张祥龙. 人工智能介入司法的实践检视与风险防范——以江浙沪冀黔五省市的司法实践为样本[M]// 马世忠. 司法体制综合配套改革中重大风险防范与化解——全国法院第 31 届学术讨论会获奖论文集(上). 北京: 人民法院出版社 2020.
- [30] 竺乾威. 从新公共管理到整体性治理[J]. 中国行政管理 2008(10).

(责任编辑 彭建军)

京津冀营商环境协调机制的建构

于晴晴 张德森

(中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073)

[摘要] 京津冀营商环境协调发展是京津冀协同发展战略的关键组成部分,但由于京津冀营商环境协调机制涉及区域利益的复杂性,目前尚未形成系统化的协调机制成果。建构京津冀营商环境协调机制,应厘清京津冀营商环境协调机制中的区域、经济、主体等构成要素的作用机理,结合京津冀三地已有基础,把握京津冀营商环境协调机制中的难点和痛点,进而通过完善京津冀营商政务环境和市场环境,开展京津冀营商环境评价活动,规划京津冀营商环境协调机制建构的路径。

[关键词] 营商环境; 京津冀协同发展; 制度成本; 评价指标

[基金项目] 2021年度中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助(202110603)

[作者简介] 于晴晴(1994—),女,河北沧州人,中南财经政法大学在读博士生,主攻区域经济理论与政策、法治评估。

张德森(1965—),男,湖北仙桃人,中南财经政法大学教授、博士生导师,中国法治评估研究中心主任,主要从事法理学、法治评估研究。

[中图分类号] F127 [文献标识码] A [文章编号] 1003-7071(2021)04-0182-09 [收稿日期] 2020-03-05

第十三届全国人民代表大会第四次会议表决通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》对“构建一流营商环境”予以专题阐释,再次强调要“加快推动京津冀协同发展”,并作出系统安排。营商环境建设与区域协同发展统一服务于中国经济高质量发展大局,因而建构京津冀营商环境协调机制是国家发展战略提出的必然命题。尽管在京津冀协同发展政策背景下,京津冀三地已就优化区域营商环境开展合作,但进展缓慢、成效有限,营商环境建设水平参差不齐的问题依然十分突出。京津冀作为带动中国北方地区经济发展的龙头,是中国区域经济高质量协同发展中的重要一极,应当在促进区域营商环境协调发展方面积极发挥先行先试作用,为中国其他区域开展营商环境协作提供示范和参考。

一、京津冀营商环境协调机制建构的要素分析

当前使用的“营商环境”概念,一般认为系源自世界银行集团附属国际金融公司(The International Finance Corporation,简称“IFC”)的“Doing Business”

项目,该项目主要围绕全球企业的经济效益需求,考察企业从开办、经营到终止的整个营商过程中所需的时间、条件、程序等。广义的“营商环境”内涵更为丰富,是指企业经营的全要素环境,既包括宏观经济学传统所关注的自然禀赋、劳动力和资本积累,也包括产业经济学所关注的人力资本、技术进步、激励机制,还包括政治经济学所关心的政治体制、司法制度、社会治安^[1]。从上述定义可知,营商环境在本质上是一个与经济密切相关的问题。京津冀营商环境协调机制是在营商环境的广义内涵的基础之上融入了区域协同发展的需求,所包含的主体类型和数量更为庞大,所涉及的区域利益关系更为复杂,所承载的价值选择更为多元。基于京津冀营商环境协调发展的内涵,从文理角度理解京津冀营商环境协调机制,能较为清晰地呈现其主要构成要素,其中“京津冀”指向区域因素,“营商环境”指向与经济相关的成本因素,“协调机制”指向主体因素。

(一) 京津冀营商环境协调机制建构的区域因素

区域在不同语境下,其内涵的侧重点有所不同,京津冀营商环境协调机制中的区域内涵是指中国地理位置相接的跨省行政区域边界的经济空间范畴,

理解这一内涵可从地理位置、经济示范区、行政区划三个层面出发。从整体上看,京津冀三地的区域特征为京津冀营商环境协调机制的建构提供了基本条件,但也带来相应的挑战。

一方面,京津冀三地的区域特征为京津冀营商环境协调机制建构提供了基本条件。(1)从地理位置层面看,北京市、天津市、河北省地缘相近,人缘相亲,自然禀赋相似,为协调京津冀营商环境提供了天然优势,便于京津冀三地之间的交通一体化和人口、资源、技术等生产要素的流通。(2)从经济示范区层面看,京津冀区域作为中国发展高质量经济、实现区域协同发展的国家重大战略布局之地,承担着探索营商环境协调机制建构,促进京津冀区域经济协同发展的任务,国家层面给予了一定的改革先行先试权和政策财政支持。(3)从行政区划层面看,京津冀三地是不存在隶属关系的三个平级省级行政单位,同一层面的行政区划设置便于政府营商环境协调机制的平等交流与合作。

另一方面,京津冀三地的区域特征也对京津冀营商环境协调机制的建构带来挑战。地理位置相近和经济示范区的密切联系,导致京津冀区域经济发展容易产生虹吸现象,生产要素集中于北京市,营商环境协调发展陷入“马太效应”,强者越强,弱者越弱。同时,京津冀三地的行政属性易使京津冀营商环境建设各自为政,出现省际市场流通不畅、跨省经营制度成本高、产业同质化竞争等弊端。上述区域特征决定了京津冀营商环境协调机制必然要打破传统的条状行政管理模式,建立条块结合的综合治理模式,中央层面应当积极发挥外部推动作用,促成三地政府间的横向合作和区域间市场的软调节,形成自上而下的京津冀营商环境协调机制。

(二) 京津冀营商环境协调机制建构的成本因素

京津冀营商环境协调机制是公共制度产品,其目的在于从整体上降低京津冀区域营商成本,增加京津冀区域营商环境的效益福利。因而在京津冀营商环境建构初期和运行过程中需充分考虑成本与收益的关系问题,避免出现京津冀营商环境协调机制建设成本大于收益的悖论。

一方面,根据制度变迁理论,制度创新形式的选择取决于成本—收益的比较^[2]。由于京津冀营商环境协调机制属于一项尚未形成的新制度,而新制度的变迁一般在面临制度运行内部的利润需求增长、

外部成本下降等情况下才容易产生。从京津冀三地内部看,在京津冀三地际联系日益紧密的背景下,营商环境协调发展模式产生的利润高于三地“单打独斗”甚至恶性竞争产生的利润,区域内成员对利润的需求促使其谋求制度的变革。从外部看,中央层面已经提出和开展的京津冀协同发展战略及京津冀三地已有的相关制度合作基础,降低了京津冀三地营商环境协调机制建构的制度成本,因而京津冀营商环境协调机制的形成势在必行。

另一方面,在京津冀营商环境协调机制的建构过程中应考量机制生成和运行的成本与收益,建立利益平衡补偿机制,实现京津冀营商环境协调机制中成员整体福利的提升。根据福利经济学中的卡尔多—希克斯效率(Kaldor - Hicks Principle)理论,“如果受到损失的人可以被完全补偿,而其他人的福利仍然比原来有所提高,那么,这一政策就仍然是好的、可取的”^{[3] [P34]}。在京津冀营商环境协调机制建立过程中首先要清晰地核算协调机制建构的规章制度成本、机构人员成本、制度运行成本和总体收益状况,注意京津冀三地分别从中获得的收益及收益周期问题。尤其是在京津冀营商环境协调机制建立的初期阶段,可能存在投入成本较高、效益分配不均衡的现象。在这一过程中,应积极探索三地间的利益补偿机制,将制度成本效益的发展结果置于较长期间内加以监测和评估,从而保障京津冀营商环境协调机制的整体长期收益。

(三) 京津冀营商环境协调机制建构的主体因素

在京津冀营商环境协调机制中,市场和政府是构成主体,主体不仅是协调机制的参与者,同时是协调机制中利益关系和价值选择的承载者。因此,厘清市场与政府利益关系和价值选择的冲突与共性,是实现京津冀营商环境协调的前提之一。

一方面,市场与政府参与营商环境协调机制的动机、方式和作用场域不同。(1)市场主体是在个人利益驱使和经济规律支配下自发参与到营商环境协调机制建设中的,主要关注效率、收益等价值。其通过投资、生产、消费、再生产等环节参与营商环境建设,开展方式具有个体性较强、作用效力有限、效果显现周期较长等特征。但市场主体本身几乎不受行政区划空间的限制,市场经济的一项重要内涵就是生产要素在相当大区域内的自由流动与配置^[4]。(2)政府主体是出于维护国家利益、区域利益、社会

公共利益的政策要求被动参与到营商环境协调机制建构中的,不仅关注效率因素,更强调公平正义、开放共享、绿色生态等价值。政府主体通过制定政策文件和法律法规规划营商环境协调机制的顶层设计,再通过政府行政执法和司法等环节对营商环境协调机制实行监管与服务。但政府职能只能在其辖区内发挥作用,在涉及京津冀营商环境协调机制中跨省际行政区划事项的处理时,政府的作用效果有限。

另一方面,政府与市场相互依存,存在共同利益。市场和政府是营商环境协调机制的建设主体,其中市场主体还是营商环境协调机制的主要服务对象,政府开展京津冀营商环境协调机制建设在本质上是服务于市场主体。(1)市场具有一定的盲目性、滞后性、无序性等缺陷,以及市场单独发挥作用导致区域发展过程中的阵痛期无法避免且发挥作用效果缓慢等特点^[5]。通过政府干预可有效应对市场失灵所带来的资源浪费、信息不公开、收入分配不公平等后果,敦促具有趋利性的市场主体主动承担社会责任,在追求经济利益的同时兼顾生态发展、劳动者权益保障、社会信用建设等义务,避免社会失序。(2)政府资源的有限性、对市场了解的间接性及反应的滞后性,要求政府首先应当尊重市场运行规律,强调市场在营商环境建设中的基础性地位,达成市场和政府公权力协调的最优配置。在营商环境协调机制建构的初期,京津冀三地政府应主动通过公权力打破现有京津冀市场流动的制度壁垒,待市场一体化逐渐形成平稳运行状态时,逐步减少对市场机制的干预,充分发挥市场的自我调整功能。

二、京津冀营商环境协调机制建构的实践探索

目前,跨省际营商环境协调机制在全国范围内并未广泛开展,仅在长江三角洲地区进行了初步探索。京津冀营商环境协调机制的实践探索仍处于初级阶段,尚未形成系统化的部门组织体系和完整的制度内容设计。

(一) 京津冀营商环境协调机制建构的政府主体及分工

由于营商环境中政府的公权力特性和京津冀营商环境协调机制的跨行政区域特征,京津冀三地政府在协调机制建设初期承担着较多的建构任务,因

此本节主要厘清京津冀三地政府的协作组织机制。在目前的实践中,京津冀营商环境协调机制的建构主要依靠京津冀三地营商环境建设部门和京津冀区域协同发展部门,其中前者主要负责制定和提出本区域内营商环境政策和需要协调的具体需求,后者在负责实现三地间政策沟通与协调的同时,也主动制定与营商环境相关的政策制度。

1. 京津冀三地营商环境建设部门

京津冀三地营商环境建设部门的具体分工如下:(1)在北京市,政府主要负责人是优化营商环境的第一责任人,发展改革部门主管本行政区域内的优化营商环境工作,并在发展改革部门内部设置专门的营商环境政策处和营商环境评价处。人民政府应每年向同级人民代表大会常务委员会报告优化营商环境工作,人大监督政府开展优化营商环境工作。其他有关政府部门依照各自的职责,做好优化营商环境的相关工作。(2)在天津市,政务服务部门是本行政区域营商环境工作的主管部门,人民政府有关部门及单位按照各自的职责,做好优化营商环境的相关工作。关于各个部门如何开展优化营商环境工作,《天津市优化营商环境三年行动计划》(津政规〔2020〕7号)作了详细规定,例如就优化企业开办服务加快推进“一网通办”,规定由市场监管委牵头,市政务服务办、市委网信办、市公安局、市税务局、市人社局、市规划资源局、人民银行天津分行按职责分工落实。(3)在河北省,各级人民政府的主要负责人是本行政区域优化营商环境的第一责任人,人民政府有关部门按照各自的职责做好优化营商环境工作,但并未直接规定政府主管单位。在实践中,河北省于2020年成立河北省优化营商环境领导小组,该小组由政府多个行政及司法部门的负责人组成,设置在省发展改革部门。

从京津冀三地营商环境建设部门的具体分工来看,首先,营商环境建设涉及众多国家公权力部门,包含政府行政部门、司法部门、人大等,其中政府行政部门承担较多职责。其次,京津冀三地政府均未设置专门的营商环境建设职能部门,通常采用“一个机构两块牌子”的做法,主管部门承担较重的工作任务,职能的有限性导致协调其他部门工作存在难度。最后,京津冀三地营商环境主管部门不统一,在北京市和河北省,政府发展改革部门作为营商环境主管部门,在天津市,政务服务部门是主管部门。

2. 京津冀协同发展部门

京津冀区域协调发展政策由中央推动实施,因此中央层面早在2014年即建立了京津冀协同发展领导小组,作为京津冀区域协同发展的最高领导部门,领导小组办公室设在国家发展改革委。在地方层面上,北京市、天津市、河北省均设置了各自的京津冀协同发展领导小组,同时三地的领导小组办公室均设置在各自的发展改革部门。(1)北京市在发展改革委员会中设置了市委、市政府京津冀协同办公室,但未成立专门的内设机构。(2)天津市在发展改革部门内部专门设置了三个内设机构。其中,京津冀协同发展领导小组办公室协调推进综合处负责天津市京津冀协同发展领导小组办公室的日常工作;京津冀协同发展领导小组办公室协调推进一处专门负责统筹推进落实天津市承接北京市相关项目;京津冀协同发展领导小组办公室协调推进二处负责推进“一带一路”建设工作领导小组办公室的日常工作^[6]。(3)河北省采取同天津市相类似的做法,在本省发展改革委员会内部设置三个内设机构。其中,京津冀协同发展领导小组办公室综合一处负责综合政策的制定、起草等工作;京津冀协同发展领导小组办公室综合二处负责谋划和推进与北京市的战略合作;京津冀协同发展领导小组办公室综合三处负责谋划和推进与天津市的战略合作^[7]。

从京津冀协同发展部门的设置和分工可知,目前京津冀三地的发展改革部门是京津冀区域协同发展的主管部门和办公室常设部门,在发展改革部门内部,各地的机构设置和职能划分有所不同。北京市未建立常设内部机构,天津市和河北省分别建立了三个常设内部机构,但在机构职能上天津市和河北省有所差异,侧重点不同。天津市针对与北京市的合作专门建立了一个内设机构,而未建立与河北省合作的专门机构。河北省针对与北京市、天津市的合作分别建立了内设机构。

从京津冀三地营商环境建设部门和区域协同发展部门的构成与分工可知,目前京津冀营商环境协调机制的政府构成主体与分工具具有以下三个特点:(1)京津冀营商环境和区域协同发展所涉及的部门数量较多,具体分工具具有差异性,区域部门协作对接存在难度。例如,北京市发改委设置了专门的内设部门负责营商环境,而无专门的内设部门负责京津冀区域协同发展;反之,天津市和河北省在发展改革

部门内部设置了专门的京津冀区域协同发展机构,但未设置专门的营商环境内设机构。(2)除天津市的营商环境建设主管部门为政务服务部门外,京津冀三地的营商环境和京津冀协同发展主管部门具有重合性,均为各地的发展改革部门,这为后期的京津冀营商环境合作提供了机构基础。(3)京津冀营商环境协调机制的主导部门尚不明确,京津冀三地营商环境建设主管部门和京津冀协同发展主管部门的合作重点和意愿不同。京津冀营商环境建设部门实施政策的主要目的在于促进本区域营商环境发展,缺乏较强的协作意识;京津冀协同发展部门虽然以追求区域协作为目标,但未明确以京津冀区域营商环境协调发展作为工作重点。

(二) 京津冀营商环境协调机制建构的内容与成果

京津冀三地在各自开展营商环境建设和推进京津冀协同发展的过程中推动了京津冀营商环境协调机制的具体建构,取得了部分成果。然而,实践探索的无目的性和随意性导致京津冀营商环境建设的主要内容和成果分布零散,作用和效果也不显著,尚未形成体系性的制度框架。其主要内容与成果集中在政务合作、市场一体化、信用体系建设等领域。

1. 京津冀跨省政务合作

京津冀跨省政务合作依政府职能划分,可分为政务服务合作和政府监管合作。(1)在政务服务合作方面,目前京津冀三地均已接入国务院全国一体化在线政务服务平台,形成京津冀区域政务服务“一网通办”专区,提供企业设立变更、投资审批、安全生产、年检年审等多项在线一网通办服务,并提供个人社会保障、医疗卫生等多项便民服务,打破了京津冀三地间政务信息孤岛的困境,加快了三地政务信息的有效流通和共享,真正实现了群众少跑路,数据多跑路。但目前京津冀区域政务服务“一网通办”专区尚处于试运行阶段,相关政务服务事项接入数量较少,运行稳定性不足,实际作用和效能有限。(2)在政府监管合作方面,京津冀积极开展行政执法协作。京津冀三地工商和市场监督管理部门签署了《京津冀工商和市场监督管理部门竞争执法合作协议》《京津冀工商和市场监管部门打击传销协作机制》,建立了竞争执法协作平台,形成了京津冀竞争执法联席会议制度,同时在大气污染、机动车污染防治等重点领域探索区域协同立法,开展长效执法合

作。

2. 京津冀市场一体化建设

在全国加快建设高标准市场体系的背景下,全面实施市场准入负面清单制度为京津冀市场一体化提供了制度前提和保障。京津冀三地为促进劳动力、资本、技术、数据等市场生产要素间的自由流动,制定了一系列措施。(1) 提供市场流通的硬性条件。从区域交通一体化领域入手,畅通京津冀三地间公路和铁路的连接,开展京津冀机场群和港口群协同联动建设,在京津冀主要城市之间,“一小时交通圈”已基本形成,为区域间物流商贸提供便捷服务,为其他生产要素的流动提供基础设施保障。(2) 促进市场要素的有效配置。通过企业资本、技术、数据的转移带动劳动力的转移,通过增强劳动力的转移意愿加快资本、技术、数据的流动速度,将相对封闭的市场要素流通开放化。这具体表现在推行基本公共服务均等化,在医疗、教育、交通、社会保障等民生领域广泛开展合作,加强人才跨区域自由流动力度,不断拓展京津冀职业资格互认范围和领域,实行三地职称评审结果互认,建立了京津冀产权市场发展联盟,提高了京津冀区域间各类要素的配置效率。结合京津冀区域特征布局产业链,在高新技术领域加快合作进程,正在建设的京津冀大数据基地项目,在为区域电子政务提供安全服务的同时,促进三地在区块链、人工智能、大数据产业、5G、车联网等上下游产业集聚,从总体上加快了京津冀市场一体化的合作进程。

3. 京津冀信用标准体系建设

京津冀营商环境协调机制建设在全国范围内属于一项创新制度,制度的创新性对区域信用建设提出了更高要求,同时区域协同创新是对区域内创新资源的优化整合,也需要良好的信用环境作保障^[8]。在信用体系建设方面,京津冀三地社会信用体系建设牵头单位北京市经信委、天津市发改委、河北省发改委共同制定和签署了《京津冀社会信用体系合作共建框架协议》和《京津冀守信联合激励试点建设方案(2020—2024年)》(京社信联办(2020)10号),提出到“2024年全面建成京津冀地区信用合作机制……对优化营商环境发挥重要作用”。截至2020年7月,“信用京津冀”网站已公示三地行政许可408万

条、行政处罚526万条、统一社会信用代码248万条,京津冀成为全国第一个信用标准化技术委员会全覆盖的协同共建区域。

三、京津冀营商环境协调机制建构的现实障碍

(一) 区域行政区划分置政府协作不畅

京津冀营商环境协调机制的建构必然涉及京津冀三地政府的有效合作,然而京津冀三地在行政区划上的分置增加了政府间营商环境合作的难度,导致京津冀营商环境协调机制缺乏有效的组织体系和具体的协作措施,协作领域有限,协作效率不高。上述问题产生的主要原因有以下两点:

首先,目前中国政府行政系统严格的条状隶属关系,使跨省际政府合作缺乏可依据的规范和可借鉴的实践范例。京津冀三地政府之间的合作主要依赖两条路径:一是中央层面主导;二是京津冀三地内部谋求合作。中央层面主导尽管符合目前中国政府科层制组织关系,但由于中央政府服务管理资源的有限性,无法制定全面而具体的京津冀营商环境协调机制,因而由京津冀三地主动谋求合作才能有针对性地建立京津冀营商环境协调机制。但后者也面临一些难题,由于京津冀三地属于平级行政单位,不存在隶属关系,京津冀三地之间的合作并无明确的法律规范依据,政府创新合作模式存在制度风险。在实践中,京津冀三地政府多采用政府宣告性的合作协议,并无法律上的效力和救济机制,是“没有牙齿的文件”,因而个别政府政策调整、领导负责人变动、突发公共事件等因素均有可能导致合作的废弃和中止。

其次,营商环境建设与本省市财政税收、群众收益、官员政绩考核等利益挂钩较多,主体利益诉求多样,区域利益关系难以协调。(1) 从财政税收方面看,营商环境水平越高的地区对企业资本和人才劳动力的吸引程度越高,越能带动区域经济增长,进而增加本省市的财政收入水平。据国家统计局数据显示,2019年北京地方财政企业所得税1128.53亿元、天津地方财政企业所得税323.91亿元、河北地方财政企业所得税411.33亿元^①。由此可见,北京市高水平的营商环境为北京市政府带来高额的

^①数据来自国家统计局(<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=E0103>)。

财政税收,而京津冀协同发展必然会带来区域产业流动,如何合理划分流动企业税收分成,实现税收分成的相对公平,是京津冀三地面临的一大难题。(2)从群众收益方面看,区域行政壁垒导致区域成员在教育、医疗、住房、社会保障等领域产生“特权思想”,促使区域成员在具体领域阻碍区域资源协调发展,影响区域人才有序流动。(3)从官员政绩考核方面看,其往往与行政区域挂钩,而京津冀区域协同发展中官员政绩的划分和认定并无明确标准依据,此外京津冀区域协调发展周期长、见效慢、合作难等因素均导致各地官员及相关部门的工作意愿低。

最后,京津冀营商环境协调机制建设涉及三地各个层级的多个部门,政府数据体量大,政府间的具体协作难度高。一方面,京津冀营商环境建设所涉及的部门相较于京津冀特定领域合作所涉及的部门更为庞杂,尽管有专门的营商环境主管部门和京津冀协同部门,但尚未明确京津冀营商环境协调机制的主管部门,存在服务管理盲区;另一方面,从已经开展的京津冀营商环境建设实践看,目前该机制的合作也仅存在于京津冀三地省级层面的高层合作,市、县(区)合作贫乏,具体协作机制对接不精准^[9]。

(二) 区域市场流通存在隐性交易壁垒

京津冀市场一体化的形成是评判京津冀营商环境协调机制建成的关键。然而在实践中,京津冀三地统一市场仍然存在隐性交易壁垒,影响市场主体参与市场活动,阻碍市场资源有效配置。其主要原因有以下三点:

首先,京津冀三地产业聚集的空间分布不合理,产业结构差异大,导致市场同质化竞争严重,对接不畅。一方面,京津冀三地实现营商环境优化的起始基点不同,北京市的产业聚集效应对天津市和河北省的企业产生虹吸作用,同时,京津冀区域市场要素呈现单向度流动态势,也导致北京市聚集过多的市场要素,加重产业转型负担,产业聚集红利日渐消退,京津冀产业聚集陷入盲目无序状态;另一方面,京津冀三地产业结构差异大,北京市处于后工业化时期,天津市处于工业化后期,河北省处于工业化中期,尚未形成合理的产业梯度结构,产业间仍存在同质化竞争现象,进一步加大了京津冀三地市场协作

对接的难度。以2019年京津冀三地产生产总值来源数据为例,北京市以第三产业为主,第三产业生产总值约占其生产总值的83.7%;天津市以第三产业和第二产业为主,第三产业生产总值和第二产业生产总值约占其生产总值的63.5%和35.2%;河北省同样以第三产业和第二产业为主,但第三产业占比较北京市和天津市低,第三产业生产总值和第二产业生产总值约占其生产总值的51.7%和38.3%^①。

其次,京津冀三地的经济水平和区域居民消费能力存在较大差异,区域市场流通动力不足。据2019年统计数据,北京市生产总值为35445.1亿元,居民人均可支配收入为67756元;天津市生产总值为14055.5亿元,居民人均可支配收入为42404元;河北省生产总值为34978.6亿元,居民人均可支配收入为25665元。天津市人均可支配收入是北京市人均可支配收入的62.6%,河北省人均可支配收入是北京市人均可支配收入的37.9%,并且从2015—2019近五年的统计数据来看,京津冀居民人均可支配收入的差距基本上维持在这一比例,并未缩小^②。京津冀三地居民人均可支配收入的差距直接影响三地的消费能力,导致消费拉动区域市场内需的能力不足,最终使京津冀区域市场内消费、投资等环节循环不畅,区域内市场总体交换效率不高,无法通过消费结构转型升级带动产业结构改革,不利于整体区域市场的形成。

最后,京津冀三地仍存在地方本位主义,部分区域政策“加码”造成市场流通隐性壁垒。尤其是在市场准入中增加市场主体进入市场的附加条件;在行政审批环节存在审批手续复杂、资料重复提交、部分资质区域间互不认证等现象;在政府招投标环节对注册资本、投资金额、产能规模、土地供应、采购投标等设置门槛,等等。

四、京津冀营商环境协调机制建构的路径规划

(一) 加强京津冀营商政务环境合作

明晰京津冀营商环境的负责单位和组织机制,是推动京津冀营商政务环境合作的前提。在此基础上,通过技术手段和法治保障,克服京津冀区域合

①数据来自国家统计局(<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=E0103>)。

②数据来自国家统计局(<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=E0103>)。

作的时空局限性,实现数据共享和标准一致,最终促成京津冀营商政务环境合作高效、长久运行。

1. 搭建京津冀营商环境协调机制的组织运行结构

由于京津冀营商环境协调机制的跨行政区域特征和所涉及政策、公共事务的繁杂多样性,需要在中央层面和京津冀三地地方层面均设立管理机构,既为京津冀三地营商环境建设提供宏观的顶层设计,又保障京津冀营商环境建设的相关政策在京津冀三地深入落实。(1)在中央层面,目前营商环境建设和京津冀协同发展涉及国务院、最高人民法院、最高人民检察院等多个部门,其中国务院在营商环境建设和京津冀协同发展中承担较多职责,国务院各职能部门针对营商环境建设的不同要求单独或联合制定多部部门规章或政府文件,京津冀协同发展领导小组办公室在国务院发展和改革委员会内设地区经济司,负责京津冀协同发展工作。从节约政府机构运行成本、提升京津冀营商环境协调机制运行效率出发,建议由国务院发展和改革委员会牵头,联合国务院各职能部门,制定京津冀营商协调机制宏观规划文件,在国务院发展和改革委员会京津冀协同发展领导小组办公室的职能事项中增加促进京津冀营商环境协调发展机制建设,推动相关机制在京津冀三地落实。(2)在京津冀地方层面,国务院出台的《优化营商环境》条例第七条第二款明确规定,县级以上地方人民政府可根据实际情况,明确优化营商环境工作的主管部门。从目前京津冀三地营商环境和京津冀协同的分管部门来看,除天津市的营商环境工作由当地政务服务部门主管,其他区域的营商环境和京津冀区域协同发展的主管部门均为各地发展改革部门,因此建议京津冀三地统一在各地省市区域发展改革部门设置分管京津冀营商环境协调发展的部门,进而从省级层面到县区层面均设置专门的营商环境协调机制主管部门,建立覆盖京津冀三地的全方位的营商环境协调组织体系。

2. 形成京津冀线上线下双向政务服务合作模式

政务服务大厅和电子政务平台是政务营商环境建设中最重要、两大服务设施,是政府服务企业的前端窗口和主要渠道,也是“互联网+政务服务”的重要载体^{[10] P130}。首先,借助区块链、大数据、5G、人工智能等技术方式,在保障政务数据安全的前提下,优化京津冀营商环境政务数据共享平台,增加接入政

务平台区域合作事项的数量,增强政务服务平台服务的深度和企业满意度。其次,规范和公开京津冀三地政务服务大厅营商环境服务的流程与标准,针对京津冀营商环境事项设置专门的窗口,分流指引,增强服务的针对性和高效性。最后,形成合理高效的线下政务服务大厅和线上电子政务平台的转换衔接模式,尊重企业对政务服务方式的选择权,推动政务服务合作更为便捷化、人性化。

3. 增强京津冀政府监管合作法治保障

“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^{[11] P154}因此,应有可能会侵害个人和企业权利的政府监管合作执法权关进制度的笼子里。为界定京津冀政府监管合作权力的边界,应从京津冀政府监管合作的立法、行政执法和司法等各个环节入手。首先在立法环节,基于京津冀三地涉及京津冀营商环境政府监管合作的相关成熟经验,基于开展区域协同立法工作,通过对相关法律法规的立、改、废、释,形成京津冀政府监管合作的法律规范体系。其次,在行政执法环节,京津冀三地应尽早签订行政执法合作协议,针对重点领域的执法活动进行细化规定,统一京津冀营商环境相关行政执法的标准,创新京津冀三地营商环境行政执法协作机制的开展形式,建立京津冀协同执法的数据共享和权利救济机制。最后,在司法环节,通过联合解释和发布典型案例,促进京津冀三地各级法院间的营商环境相关审判标准和裁量尺度相对一致,强化京津冀三地法院的调解功能,建立专门的京津冀营商环境案件调解平台和渠道,借助技术治理,提升三地法院在跨区域立案、调解、审判、执行等领域的合作效率。

(二) 提升京津冀营商市场一体化水平

提升京津冀营商市场一体化水平,首先要保障市场运行的相对独立性,减少政府作为外部因素对市场的干预,促进市场内部要素的合理配置流动,充分利用市场自生的信用道德机制规范市场运行秩序。

1. 合理界定政府的权力边界

政府在营商环境协调机制中具有双重身份及属性:一方面,政府是市场的服务和监管主体;另一方面,政府本身就是市场中的重要组成部分,其权力必须在适用于广泛的不同种类的人和行为的规则限制之内行使^{[12] P165}。(1)当京津冀三地政府作为营商

市场环境的服务和监管主体时,应致力于保持京津冀三地市场主体和要素的自由流动,同时防范市场失灵,维护京津冀营商环境的正常秩序。在市场准入环节,简化三地企业审批,解决企业搬迁重复办证等难题,实施统一的市场准入规则,在京津冀三地建立覆盖省、市、县三级的市场准入隐性壁垒台账制度,为中小企业融资进入市场提供便利条件。在市场运行过程中,注重营造公平公正的营商环境,加强在区域产权保护、消费者权益保护等重点领域的协作。在市场主体退市环节,对企业破产相关制度开展协作办理。(2)当京津冀三地政府作为市场主体时,应注重政府作为公权力主体的身份转换,保证政府作为市场主体与其他市场主体地位的平等性和获取信息的对等性。尤其是在京津冀三地政府招投标购买市场公共服务环节中,应建立相对统一的招投标规则,克服区域偏见,保障招投标公开公正。

2. 优化京津冀市场要素的有效配置

实现京津冀市场要素的有效配置,应克服京津冀三地产业结构的同质化竞争和产业聚集分布不合理等问题,实现市场要素的空间转移和有效整合。根据京津冀三地的区域禀赋和优势,合理定位三地产业构成和分工,调动京津冀三地政府和市场主体参与营商环境合作的积极性,形成产业间的互补和联动,而非简单追求三地法治化营商环境水平的绝对一致。其中,北京市积极对标国际标准,是全国营商环境建设的示范区,聚集了大量的人才、科技、资金,应重点发展高新产业,疏解第二产业和第一产业,减轻城市发展“包袱”。天津市应利用其航空港和金融方面的优势,在先进制造、北方国际航运、金融等发展领域积极布局。河北省应利用其区域位置和面积优势,积极承接北京市非首都功能疏解和京津科技成果转化,着力建设国际商贸物流重要枢纽和新型工业化基地。

3. 完善京津冀营商信用环境建设

在现代市场经济中,信用的功能与价值不断拓宽,其不仅是判断企业和个人行为的社会道德标准,更成为可进行投资、融资、配置资源的重要资质。在京津冀营商环境建设的初级阶段,在无具体法律规范约束的前提下,信用成为加快京津冀三地市场流通、维持市场运行、降低市场制度成本的重要保障。完善京津冀区域营商环境信用体系,关键在于实现

各类信用,包括政府信用、企业信用、个人信用,涉及政府行政、企业融资交易、社会信用的有效共享,应加快信用转化为市场要素的进程,以信用为京津冀营商环境运行的基础性要素。

(三) 开展京津冀营商环境评价活动

京津冀营商环境协调机制尚处于初级建构阶段,开展京津冀营商环境评价活动有利于政府相关部门把握京津冀营商环境建设的整体水平和进度,调动工作积极性,及时准确地发现京津冀三地营商环境协调机制中的不足,有针对性地调整政策方针,及时补齐短板,达到以评促建的目的。此外,京津冀营商环境评价活动的开展有利于贯彻京津冀营商环境协调机制的相关方针政策、法律法规,将京津冀营商环境协调机制所蕴含的公平、法治、共享、绿色等价值理念具体化,促进政策理念深入人心,达到以评价丰富京津冀营商环境协调机制之内涵的目的。开展京津冀营商环境评价活动,应注意以下两个方面的问题:

1. 建立客观中立、标准统一的京津冀营商环境评价体系

首先,京津冀营商环境评价体系应积极对标国际标准,吸收现有营商环境评价体系的成熟经验,建立京津冀三地之间评价尺度一致的营商环境评价体系。其次,京津冀营商环境评价指标的选取应从已有的相关国家政策、法律法规、理论研究、价值取向等素材中提炼,在评价标准的形成过程中遵循制度性进路和价值性进路两种方式^[13],保障评价标准既能考察京津冀营商环境协调机制的现状,又能从价值层面体现京津冀营商环境协调机制的要求,实现评价标准形式与实质的统一,以避免评价标准自身对京津冀营商环境协调机制价值的消解。最后,京津冀营商环境评价体系的开展应委托处于区域利益之外的第三方独立开展,评估数据应来自客观和主观两部分,充分吸纳企业等市场主体的参与,以市场主体的满意度为最终落脚点,避免京津冀营商环境评价工作的形式化和恶性竞争,保障京津冀营商环境评价体系的客观与中立。

2. 提高评价结果的成果转化效率和实践指导意义

京津冀营商环境评价活动开展的最終目的是促进区域营商环境协调发展,因此如何将评价结果转化为有效的指导意见是评价活动中的关键环节。一

方面 应从程序上保障评价结果得以充分运用 规范京津冀营商环境评价结果的应用流程 增强评价结果应用的监督和反馈机制;另一方面 应增强评价结果的理论研究和实践运用的联系 建立多向度、动态化的评价数据比较分析模型 使评价结果符合理论研究的要求 进而将理论成果转化为针对京津冀三地营商环境协调机制的政策建议 分别呈送三地相应的管理部门。

[参考文献]

[1]张志铭.中国语境下的营商环境评估[J].中国应用法学研究 2018(5).

[2]李平 陈娜.区域经济一体化的新制度经济学解释[J].哈尔滨工业大学学报(社会科学版) 2005(2).

[3]姚明霞.西方理论福利经济学研究[D].北京:中国人民大学 2001.

[4]周叶中 刘诗琪.地方制度视域下区域协调发展法制框架

研究[J].法学评论 2019(1).

[5]万晓琼.区域、市场、政府协调整合的区域发展研究[J].河北学刊 2020(6).

[6]天津市发展和改革委员会政务公开[EB/OL].http://fzgg.tj.gov.cn/zwgk_47325/jgxx_47327/jgsz/index_1.html.

[7]河北省发展和改革委员会职能配置和内设机构[EB/OL].hbdrc.hebei.gov.cn/web/web/jgsz/4028818b48abd0aa0148b10c456a01df.htm.

[8]董树功.京津冀协同创新信用环境建设研究[J].天津师范大学学报(社会科学版) 2020(3).

[9]河北省发展和改革委员会宏观经济研究所课题组.京津冀协同发展研究[J].经济研究参考 2018(15).

[10]马冉.政务营商环境研究——基于企业需求的视角[D].北京:对外经济贸易大学 2019.

[11]孟德斯鸠.论法的精神(上)[M].北京:商务印书馆,1959.

[12]昂格尔.现代社会中的法律[M].南京:译林出版社,1994.

[13]张德森 李朝.中国法治评估进路之选择[J].法商研究, 2014(4).

On the Construction of the Coordination Mechanism of the Business Environment in Beijing , Tianjin and Hebei

YU Qing-qing ZHANG De-miao

(School of Law Zhongnan University of Economics and Law Wuhan 430073 China)

Abstract: The coordinated development of the Beijing-Tianjin-Hebei business environment is a key component of the development of the Beijing-Tianjin-Hebei region. However , due to the complexity of regional interests involved in the Beijing-Tianjin-Hebei business environment coordination mechanism , there is no systematic coordination mechanism. To construct the coordination mechanism of the Beijing-Tianjin-Hebei business environment , we should first clarify the functioning mechanism of the regional , economic , and main elements in the Beijing-Tianjin-Hebei business environment coordination mechanism , and combine the existing three places in the business environment coordination mechanism of the Beijing-Tianjin-Hebei region. Have a foundation to explore the difficulties and pain points in the coordination mechanism of the Beijing-Tianjin-Hebei business environment. By improving the Beijing - Tianjin - Hebei business environment and market environment , and launching the Beijing-Tianjin-Hebei business environment evaluation activities , the construction path of the Beijing-Tianjin-Hebei business environment coordination mechanism is systematically and comprehensively proposed.

Key Words: business environment; development of the Beijing-Tianjin-Hebei region; system cost; evaluation index

[责任编辑:何石彬]

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7621(2021)01-0086-13

立法后评估中的公众参与“虚置”及治理路径

□张德淼 杜 朴

(中南财经政法大学 法学院,湖北 武汉 430073)

摘要:作为检验立法实效、提升立法质量、促进法律体系完善的立法后评估制度已逐渐在全国范围内展开实践。然而,在这种多方主体的博弈中,公众当前只是一种被动型或者功能型的“虚置”参与,无法发挥其积极性、主体性的作用。公众参与立法后评估的实践困境具体表现为:参与主体的构成失衡、参与内容的模糊、参与方式的“指令化”及参与效果的抑制。要突破这一困境,须正确认识公众参与评估的价值,从意识、制度、参与的指向及参与效果等方面构建参与路径,实现立法后评估中公众参与的有效性和制度化。

关键词:法治评估;立法后评估;公众参与;“虚置”

DOI:10.16365/j.cnki.11-4054/d.2021.01.010

立法后评估是对法律实施一段时间后产生的成绩与效果的评估,一定程度上也可称为法律绩效评估^①。只有在评估过程中重视公众参与,方能保证评估后的完整性与评估内容的合理性。公众参与立法评估,是对“人大主导立法”价值理念的践行,有助于弥补“内部评估”模式的不足,在提升立法质量的同时提高立法公信力。然而,通过观察我国当前的立法后评估活动可以发现,公众只是以“符号”式的参与来增添评估活动的民主化色彩,并没有实现主体性、能动性的参与,现实中产生了被“虚置”化的现象。这种“虚置”主要表现为:公众参与的深度不足,参与的内容不明确;公众参与的有效性在评估中无法体现。当然,现阶段我国的立法评估制度还不够成熟,无论是在理论准备还是制度构建等方面都存在不足,尤其是立法后评估的基础理论还有待探索和发掘。因此,为了能使立法评估制度真正地发挥作用,有必要对立法后评估中的公众参与“虚置”现象及原因进行系统反思,以期为今后评估制度的构建以及评估活动的开展提供助益。

一、地方立法后评估的制度现状及实践样态

(一)制度现状:公众参与立法后评估的繁荣图景

我国的立法后评估制度是随着对立法科学性认知的深入,在中央、各省市所发布的规范性文件中得到确立。从制度生成上看,2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)(以下简称《实施纲要》)规定了规章、规范性文件在实施一定时间后由制定机关、实施机关进行评估^②,为立法后评估的实施提供了指导。随后,国务院又在2008年发布了《关于行政法规、规章立法后评估工作的指导意见(征求意见稿)》,以期实现立法后评估的规范化和常态化。(原)国土资源部也于2010年发布实施了《规章和规范性文件后评估办法》,用以指导本部门的评估工作。2015年修改后的《中华人民共和国立法法》第63条规定了对法律或者法律有关规定的立法后评估。在《实施纲要》的制度指引及“法治评估潮”的影响下,各地方以“提升立法质量,确保立法精细化”为目标导向,纷纷出台了与立法后评估相关的规定、办法等规范性

收稿日期:2020-08-23

基金项目:国家社会科学基金重点项目(17AFX001)

作者简介:张德淼(1965—),男,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师,中国法治评估研究中心主任;杜朴(1992—),男,中南财经政法大学法学院博士研究生。

^①国务院2004年发布实施的《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)第18条规定:“规章、规范性文件施行后,制定机关、实施机关应当定期对其实施情况进行评估。实施机关应当将评估意见报告制定机关;制定机关要定期对规章、规范性文件进行清理。”

文件。其中,2008年12月发布的《广东省政府规章立法后评估规定》(2017年已修改)是较早制定且具有示范性的典型制度^①。截至2020年7月,已经有24个省、市出台了规范本地方立法后评估的办法或者规定,对评估的主体、客体、标准、程序及结果进行了规范^②。整体观之,虽然各地方的评估制度对立法后评估的范围、标准、程序着墨较多,但对评估中的公众参与却关注较少,多是将其作为一项原则来对待^③。从现实的评估活动看,为了保证我国立法过程的民主性,无论是中央还是地方的立法机关在进行立法后评估时,往往通过发放调查问卷的形式由社会公众对于法律的实施情况进行评价,并将“公众满意度”作为规制权力以及评估立法质量的依据。可以说,这种由立法机关组织实施、多方主体共同参与的立法后评估活动,呈现出“立法机关自上而下主导、地方与中央互相呼应”的评估情境,较为有效地提升了我国的立法质量。

就立法后评估制度的整体开展情况而言,现行的立法后评估模式主要受我国政府绩效评估模式的影响。我国的政府绩效评估主要分为三类:“政府组织—政府评价”的内部模式、“政府组织—委托第三方机构主持—公众参与”的合作或委托模式,以及“第三方机构组织(独立)—公众参与”的外部模式。其中第二种,即合作或委托式的“参与”模式是本世纪初至今所采用的主要形式。这种“参与”模式的基本原理是:“社会公众作为评价主体在政府的组织引导下,对政府的服务活动进行综合的、软性指标衡量,或者是软性和硬性指标的综合衡量”^[2]。从我国现有的制度设计来看,在这一样式中,公众参与得到了呈现。随后,党的十八届四中全会也明确提出要建立第三方评估制度^④。由此,我国的立法后评估正呈现出一幅壮丽的发展图景:第一,从中央到地方,立法后评估实现了理论与实践的结合,并逐步迈向制度化与规范化;第二,在传统“自上而下”评估模式的主导下,立法机关引入广

泛的社会公众参与,由他们对法律的实施情况进行评价,体现了权力机关对公众主体性的尊重,展示了立法过程中的民主性;第三,公众在立法后评估的广泛参与有助于弥补立法前参与的不足,保证立法过程参与的完整性,回应了市场经济下各主体共享立法资源的需求;第四,为了确保评估活动的专业性和科学性,第三方评估开始引入,并且可能成为未来的发展趋势;第五,立法后评估涉及法律实施的各个方面,包括执法、司法、守法等环节,这就对立法机关的要求更为复杂。在这种顶层设计的指导下,各地方立法机关根据自身需求,开始自上而下地开展关于地方性法规或规章的评估活动。

(二)实践样态:公众参与的“虚置”现象

然而,立法后评估“繁荣”的背后却未能掩盖公众参与方面存在的问题。从现有的理论和实践来看,不论是学术研究还是相关的立法后评估报告,都过于乐观地看待了评估的公众参与程度及对我国法律完善的作用。

首先,从组织实施主体来看,立法后评估通常由具有立法权的行政机关制订方案并负责实施,或者由立法机关委托相应的科研机构展开评估。如《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》的评估,就是由上海市人大常委会2005年组织进行;重庆市的立法后评估,由重庆人大常委会以课题资助形式委托以俞荣根教授为代表的团队开发“地方立法质量评价体系”。这种评估模式下的组织实施主体便是评估主体,社会公众只是作为参与主体进行适当的评价,两者的地位存在天然的不对等性。

其次,立法机关开展的评估活动注重既定目标的实现,指标的设置具有很强的技术性,这体现了权力机关的“技术理性”。这种技术理性的背后是对法律的规范性评估。立法机关按照相关类型对规范制度进行操作化,以实现行政活动对既定目标的衡量,这是评估过程中很典型的制度进路^[3]。而公众作为普通的主体,在评估过程中往往是靠直观

①《广东省政府规章立法后评估规定》规定了评估的主体、评估的原则、评估的程序、评估的标准、评估的方法、评估的结果应用等内容,体例完整,具有较强的适用性。

②在24个省、市中,有3个省出台了省级地方性法规,具体为江西省、陕西省和甘肃省;其余21个则出台了政府规章,具体为黑龙江省、安徽省、广东省、重庆市、上海市、广州市、贵阳市、青岛市、南京市、太原市、郑州市、哈尔滨市、本溪市、杭州市、宁波市、西安市、苏州市、西宁市、海口市、桂林市和无锡市。

③如2011年5月10日实施的《西安市政府规章立法后评估办法》第4条规定:规章立法后评估工作应当遵循客观公正、公开透明、科学合理、公众参与的原则。

④党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,对部门间争议较大的重要立法事项,由决策机关引入第三方评估。并且全国人大常委会办公厅于2017年12月18日发布了《关于争议较大的重要立法事项引入第三方评估的工作规范》。

的感受进行评价,这是典型的价值判断,这种判断容易与权力机关的“技术理性”发生冲突。在这种差异下,立法机关很容易将公众参与评价的行为作为目标实现的手段。事实上,立法评估制度应遵循“制度设计—行为过程”的分析机制,评估指标体系设置的背后应是对立法价值要素的分解,因为评估过程本身就蕴含着评估主体的价值判断与评判标准。正如有学者指出,“采用这种制度性进路开启的立法评估,任何维度与指标的设置都会面临价值上的判断与选择”^[4]。然而,不论是中央还是各地方的立法后评估实践,往往被打上实证主义的烙印,普遍缺乏价值维度的设立,公众在这种引导的情势下极易成为政府实现自身目标的手段。

再次,立法后评估中信息反馈的真实性与有效性是这种制度必须要关注的问题。立法后评估是否真的能够检验效果,其主要的体现就是立法后评估信息的充分性以及结果的回应性。然而,现行立法后评估制度中的公众参与途径单一,信息获取及反馈的有限性影响了评估的可靠性。

不可否认,立法机关在评估过程中主动吸收公众的意见和建议,有利于从多方面融合民智和民声,提高公民的法治意识及遵守程度,增强公众的法治认同。只有立法机关所展现的“精英理性”和公众的“价值判断”相结合,才能够实现立法后评估结果的科学性,达到资源配置的优化。但当前很大程度上,立法后评估的公众却是被“虚置”的,公众只是有限地参与。

二、立法后评估中公众参与“虚置”的具体表现

立法后评估中公众参与“虚置”的表现主要体现在哪些方面?下文将从参与主体、参与评估的

范围和参与方式以及参与的效果来分析公众在立法后评估中地位的缺失。

(一)公众参与主体构成失衡,参与程度低

1. 立法后评估的参与主体

根据立法后评估的概念与性质界定,评估主体首先应该享有立法权,处于立法系统之中,一般是指组织、实施并引导其他参与主体进行评估的立法机关。同时评估主体还是评估活动的牵头者,是评估活动的关键组成部分,评估主体选择参与主体的不同直接影响着立法后评估的质量。根据在评估中功能地位的不同,我国立法后评估涉及的主体主要分为三类:一是评估的决策责任者,二是评估的组织实施者,三是评估的参与者。原则上,立法后评估可以由内部或者外部主体实施。组织实施评价的机构可以是立法机关自身、立法机关指定机构或者其下属的有关部门等内部主体,也可以是独立于立法机关的外部主体。这就形成了评估的内部模式和外部模式:内部模式实质上是由立法机关及其相关部门实施的自我评价,此时决策责任者和组织实施者为一体,属于第一方评估;外部模式则由第三方负责,属于第三方评估,决策责任者与组织实施者相分离。在实践中,两种模式都会吸收参与者进入评估场域,只是参与的程度不尽相同(见表1)。

从表1可以看出,在我国目前的立法后评估实践中,参与主体根据体系化或组织化程度的不同,主要分为社会公众和评价主体两类。一是不特定的社会公众。该类主体包括利益相关者和具有社会责任感及法律期待的公民,他们多以填写调查问卷的方式参与评估,其意见表达作为评估机关的参考信息。如河北省人大常委会在对2015年《河北省

表1 我国部分地方立法后评估主体概况

评估对象	评估的决策责任者及评估时间	评估的组织实施者	评估的参与者
《上海市历史文化风貌区和优秀历史建筑保护条例》	上海市人大常委会 2005年	上海市人大法制委 市人大常委会法工委	上海市城市规划管理局、文物管理委员会、社会公众等
《福建省青年志愿服务条例》	福建省人大常委会 2005年	福建省人大常委会 法工委	团省委、青年志愿者组织、青年志愿者、普通公众
《黑龙江省湿地保护条例》	黑龙江省人大常委会 2007年	黑龙江省林业厅	行政执法人员、行政相对人、社会各界人员等
《宁波市劳动合同条例》	宁波市人大常委会 2008年	宁波市人大常委会 法工委	宁波市律师协会、市总工会、市劳动和社会保障局、市级有关部门、用人单位、劳动者、社会公众等
《重庆市公路路政管理条例》	重庆市人大常委会 2012年	重庆市人大常委会 法工委	区县路政(公路)管理机构、一线执法人员、各类涉路企业及个人、公路沿线居民
《河北省邮政条例》	河北省人大常委会 2015年	河北省人大法工委 河北大学	邮政管理人员、邮政企业人员、快递企业人员、邮政行业协会人员、其他人员

资料来源:根据北大法宝及各地方人大网站公布的立法后评估报告整理所得

邮政条例》进行评估时,主要向两种人发放调查问卷,即行政相对人和社会公众^①。二是按照职业或者政治身份分类的评价主体。此类主体较为确定,是指能够直接影响立法或者立法评估活动的主体,主要来自:执法机关、含人大、政协在内的党群机关、政府以及其他权力机关、专家和学者等。

2.参与主体构成失衡、参与程度低的主要体现第一,尽管不同参与主体所代表的利益不同,看似体现了评价主体的多元,实际上立法机关主导的评估“策略”已经在有意无意中使公众参与的声音弱化。在我国的评估实践中,为了保证评估信息的权威性和全面性,参与主体中往往包含执法机关、司法机关等公权力机关及其组成人员。这些机关代表公共权力,对法律法规的制定、执行等环节比较熟悉,自然是立法后评估的重要参与主体。但是,在我国科层制的官僚机构体系下,公权力机关之间存在利益关联,这种状况下的评估参与者可能会基于自身利益需要,有选择地表达评估所需要的信息,对于“不相符”或者“与立法目的相背离”的意见进行隐藏,而对“相符合”或者“立法机关需要”的信息予以反馈,从导向上使最终的评估结果呈现出立法质量较好的形象。

第二,为了便于开展立法后评估,评估机关在选择参与者时,主要依靠“组织化”的利益代表而忽视个体。比如宁波市2008年对《宁波市劳动合同条例》进行评估时,出现了市劳动和社会保障局、市总工会等多个市级相关部门。与非组织化的公众相比,这些利益化的组织群体所拥有的信息资源、参与效能和组织化的能力相对较高,参与效果自然会产生重大影响,进而与普通公众之间呈现出不均衡的组织化情境。当然,可以说市劳动和社会保障局以及其他市级有关部门等参与主体代表着公共利益,但不难想象,普通公众与政府官员、行业名流在专业能力和素质上存在较大差别,因而在评估过程中其个体化的利益可能会被淹没。由此可见,在立法后评估过程中,评估主体通过引入代表“公共利益”或者“利益组织化”的方式用以解决主体复杂性的困境,但这样做本身就造成了参与主体的单一。

第三,从参与的深度来看,立法后评估中的专家参与和公众参与差别较大,公众的参与程度较

低,影响力较小。在评估过程中,评估主体会将立法涉及的政策和技术性等复杂问题交由专家学者进行商讨,在听取他们的意见后得出结论。在此过程中,普通公众无法参与其中,并不能知晓专家学者与立法机关的讨论事项和结果;当公众对立法机关的评估结论提出质疑时,立法机关则会用专家的观点进行辩护。这种情势下,公众实际上并不会对评估结论产生影响。

(二)公众参与评估内容的模糊

1.立法后评估的对象范围狭窄

评估主体的单一模式决定了评估对象选择的局限。汪全胜教授认为,根据评估目的的不同,评估对象可以分为对单一法律的评估、关于某一部门法的类型评估和对所有法律的整体评估^{[5][118-119]}。实践中我国的立法后评估对象是由立法机关主导选择的,呈现的是针对某一法律关系的单行法评估,如2007年由黑龙江人大常委会决定、黑龙江林业厅实施的对《黑龙江省湿地保护条例》的评估。此外,各地方颁布的规范性文件也将法规的制定机关作为选取评估对象的主体。在此种状况下,主体选择对象时往往存在很强的主观性和特定性。我国目前立法后评估中主要选取的是那些适用范围较小、政治敏感度低、法治意义相对较弱且未对民众的社会生活造成实际影响的法规^[6]。从各地方的评估实践来看,涉及的法规主要分为以下几类:调整文物、风景名胜保护关系的法规,如甘肃、上海开展过的评估;受众较少的法规,如福建2005年对于《福建省青年志愿服务条例》的评估;关于环境资源保护的法规,该类法规与公众的利益密切相关,但各地在对此类法规评估时,仅是对其中几个条款进行质量评估,如北京、黑龙江等;评估的法规还涉及其他方面,如农业方面的机械管理、邮政行业的邮政管理等。

2.立法后评估的内容标准适用性不足

评估对象的选择决定了评估内容,评估内容主要是通过建构评估指标来获得。建构评估指标是指通过一定的评估角度设计,并有针对性地指出对立法的哪些内容进行评估的过程。有学者认为立法评估的内容具有多样性,包括立法所欲达到的目标、法制完备与统一、权力配置与权利保障、可操作性、现实适应性等^[7];有学者把评估标准

^① 其中,行政相对人的参与主要是通过座谈会、填写调查问卷的形式来表达自己的利益诉求,评估实施主体总共发放调查问卷420份,回收的有效问卷为285份。对社会公众征求意见则主要通过现有网络,在市局网站、政府网站以及其他新闻网站进行问卷调查。据其发布的评估报告显示,调查期间,共有404人参与了网上问卷调查。

分为法理标准、实践标准、技术标准、实效标准^[8]；还有学者认为，根据立法后评估目标与过程的推进，评估指标可以分为短期标准、中期标准和长期标准，每一个不同阶段的标准都可具体从效率、效能、收益以及回应性等方面进行评估^[9]。从上述内容可知，学者的观点看似存在较大差异，本质上却是对立法的合法性、合理性等要素的具体分解。此外，评估内容的高度相似性也体现在地方层面的评估实践中。尽管各地方评估涉及项目存在较大差异，但评估内容和评估标准的设立却大同小异，均没有明确站在公众角度选取立法的相关方面进行参与评估（见表2）。

指标设计的科学与否直接影响着评估内容的准确性和评价标准的可操作性。只有选取和建立对评价效果具有足够影响的评估内容和评价指标，才能保证立法评估结论的客观性，全面反映立法的合法性、实效性、科学性以及民主性；也只有建立明确、具体的立法评估标准，立法评估工作才可以对照标准进行规范化操作。然而，由表2可知，不论是具体的地方立法后评估的规范性文件或者是实践中的评价指标，立法机关都将评价指标设置为较笼统的评价维度，具体为合法性、合理性、可操作性和实效性。这种共同的标准呈现出以下特点：首先，标准体系的建立不具有位阶性，或者难以达到对立法进行评价的功能；其次，评价指标体系只是局限于法律本身，很难看出对于法律实效的评估；再次，评价指标的设计具有很强的“行政化色彩”，公众的角色地位几乎没有体现。这种评估指标的设置及评价实践直接导致公众在参与内容上的“虚置”，具体表现为：

第一，为了便于参与者进行直观评测，评价的指

标基本围绕法律实施的“满意度”展开（见表3）。公众参与法的实效评估仅是通过问卷的形式来回答对法规的熟悉度和满意度。尽管立法机关在提取公众是否满意的信息后，通过专业化的数据测评方式对公众的满意度评议进行了定量和定性评价，但仍然无法改变大规模公众的感性评价色彩以及参与方面的狭窄性。这会导致评估最终得出的结论可能只是肤浅的评价，对立法质量难以产生实际的参考价值。

第二，以专家为主导的评估无法脱离评估环境。内部评估因其天然的局限遭到诟病，委托的第三方评估成为立法机关选择的主流。然而，从构成模式看，第三方评估机构在实践中充当着一个“中间”角色，对上需要对立法机关负责，对下需要关注公民社会的实际反映，毕竟法律的适用状况需要在社会中得到检验。因此，第三方机构实际上承担了两项责任：一方面评估要满足政治工具性的要求，即为立法机关的行为提供政治上的正当性，并且能够在之后的决策（修改法律法规）过程中转化为有用的行动方案；另一方面，评估也是专业机构自身的知识性追求，是第三方机构通过自身的学术习性向公民社会进行法治宣传，用以证明立法的科学性，并去契合实践逻辑的尝试。我们姑且可以将这两项责任称之为评估环境所形成的任务结构。然而，从关系上看，第三方机构与地方立法机关是委托与被委托、评价与被评价的关系。如果第三方机构在遵循学术规则的基础上按照评价标准得出了合理的评估结果，并且能为地方立法机关在未来的行动决策中提供可操作性的建议，那么该项评估就是有价值的，可以为委托机关所接受^[10]。反之，如果第三方认为自身超脱于这种场域之外，仅仅采用专业的评估知识表达自

表2 部分地方规范性文件规定的评估标准

文本名称	评估标准
《南京市人大常委会立法后评估办法》	合法性、合理性、协调性、技术性、可操作性、实效性
《宁波市政府规章立法后评估办法》	合法性、合理性、协调性、可操作性、完善性
《兰州市人民代表大会常务委员会立法后评估办法》	合法性、合理性、科学性、针对性、可执行性、协调性、规范性、必要性
《陕西省地方立法评估工作规定》	合法性、实效性、合理性、协调性、操作性
《重庆市政府规章立法后评估办法》	合法性、合理性、协调性、执行性、实效性、规范性
《广东省政府规章立法后评估规定》	合法性、合理性、协调性、可操作性、规范性、实效性

资料来源：根据北大法宝及各地方人大、政府网站发布的法规或规章文本整理所得

表3 地方立法实施效益评价指标体系之实效性指标

一级指标	二级指标	三级指标
实效性	法规是否被大多数人知晓	问卷所得知晓率≥80%
		20%≤知晓并遵守率≤50%
		知晓并遵守率≤50%

资料来源：刘作翔，冉井富. 立法后评估的理论与实践[M]. 北京：社会文献出版社，2013：61.

己的立场,其结果可能就会成为“象征式”的评价。因此,为了保证自己的评估得到认可,从评估指标的设立开始就可能与公众相分离。相应的评估也会在结果是“好”的导向下实现目标偏离,公众也不需要通过对理性的方式参与,只要在评估过程中有所体现即可。

(三)公众参与的信息输出与交换呈现“指令性”

对于公众参与的方式,有学者基于政治学的研究指出,选举参与、法律诉讼、合法信访、听证制度等制度内维权的方式以及游行示威、集体散步等非制度化的参与方式都属于公众参与的方式^[11]。但具体到立法后评估领域中,公众参与的方式只能是通过制度化的途径表达自身的需求。信息收集的全面、准确是评估的前提,可以说立法机关的最初判断依赖信息的有效性,其最终的评估结论仍以信息为评价尺度^{[51][88]}。在实践中,信息的收集与公众参与的方式以及评估主体的评估方法紧密相连,一定程度上讲,公众参与立法后评估的方式是信息的直接来源。

为了使所获取的信息以及调查结果尽可能科学和全面,立法机关会保证参与的普遍性。最主要的两种调查方式是问卷调查和实地调研,其中以问卷调查为主。如国务院法制办2010年在对《煤矿安全监察条例》进行评估时,曾充分考虑了不同煤矿产区、不同煤矿安全生产状况、相关主体等多方面因素的代表性和广泛性,最终选择在北京、河北、山东等十八个省市发放调查问卷,收回的有3794份。当然问卷调查获取基础信息的准确性以及可参考性也备受质疑。以地方性法规的评价为例,一方面,从实践中的调查问卷(公众卷)看,“您对《XXX条例》这一地方性法规是否了解”“您认为我省的XXX建设情况如何”“您认为《XXX条例》对我省XXX起的作用如何”“《XXX条例》中规定的政府机关所应尽的职责是否满意”等问题基本为标配。从问题设置的内容及答案选项来看,评估者是希望通过受访人员的感受去了解某部法律的运作情况。然而,同权力机关的认知角度不同,社会公众普遍缺乏法治思维,他们总是通过一种是非善恶的标准或者自身经验来看待法律法规,而非从规则、权力制衡及权利保障的视角去认知。重庆市在评估《重庆市消防条例》的条文合理性时,有一问题为“该条例设定的行政处罚和行政强制措施是否合法适当”。如果行政相对人没有专业的法律思维或相应的违法经历,是很难恰当地给出答案的。另一方面,这种“自上而下”的信息输出呈现出方向的单一

性,即评估机关作为“发令者”将调查作为自身的例行任务,很少去考虑作为“受令者”公众的关注重心。立法机关难以重视公众所处的现实情境,这也恰恰是国际上开展评估所重点关注的方面^[12]。当然,就我国现实的政治生态来讲,这种信息的交换自身就存在很强的不对等性,评估主体与公众之间存在较大的等级差距。然而,不论是制度安排还是在实践操作中,诸如听证会这样具有互动和直观的参与方式基本处于摒弃状态。

(四)公众参与的应然效用被抑制

立法后评估作为改进立法质量的一种方式,最终以实现完善的法律体系为目标。在此过程中,评估机关将立法文本与现实的实施效果相结合,发现法律法规存在的问题和局限,进而加以修正或废除^[13]。而公众参与法治状况的评价主要是为了实现某种期望的结果,这种期望是与自身的感知相结合的;换言之,评价往往取决于公众所期望的法治状况与感知的法治状况之间的差距。当感知不如期望,公众在整体上可能会不满意法治状况;当感知与期望相当,公众就会对现有的法治状况满意;当感知大于期望,公众会认为是最理想的法治状况。在这种期望与感知的差距下,公众期望使自己的意见能够对日后法律的修正或修改产生作用,从而更好地用法律维护自己的权益。基于参与有效性的层次,阿恩斯坦提出了公民参与阶梯理论,他将参与分为八个层次,依次为:操纵、矫正、告知、咨询、安抚、合作、授权和公民控制(见表4)。

表4 阿恩斯坦的参与阶梯理论

8 公民控制	Citizen Control	完全性参与
7 授权	Delegated Power	
6 合作	Partnership	
5 安抚	Placation	象征性参与
4 咨询	Consultation	
3 告知	Informing	
2 矫正	Therapy	无参与
1 操纵	Manipulation	

资料来源:SHERRY R. ARNSTEIN. A ladder of citizen participation[J]. Journal of the American planning association, 2019, 85(1): 26.

根据阿恩斯坦的参与阶梯理论来分析,在我国立法后评估过程中,公众参与只限于特定的场合,由此决定了参与的独特范围、方式以及其他主体之间的关系。从公众与立法机关的关系看,公众的参与形式只是低层次的“信息接收”和“被动的信息供给”,这也决定了公众仅参与了立法后评估的实施阶段,而在立法后评估的准备阶段和完成阶段都处于缺失状态,相应的我国立法

后的公众参与只是处于“无参与”和“象征性参与”之间,很难发挥其应有的作用。

总体上讲,公众参与作为一种制度化的表达机制,其实施需要一定的经济成本,并且蕴含着公众目标的期待,这就预示着参与必须达到一定的效果。这种参与有效性的实现是与评估机关对公众意见的反馈和采纳紧密相连的。但是,现有的立法后评估制度忽略了这个问题,评估机关也始终认为其注重的公众参与本身就是有效的。殊不知,真正有效的公众参与必须使公众接近评估的关键阶段,不受繁琐的程序和流程的限制,使公众能够真正地表达自己的利益诉求,并且其意见能够为评估主体所合理吸收和借鉴。然而,从现有的评估实践来看,参与的“虚置”导致了立法机关在评估结束后缺失对公众的反馈。在各地所颁布的立法后评估办法中,很难看到评估信息的反馈规定。此外,评估机关发布的立法后评估报告也只是局限于总结法律实施所取得的成效、存在的问题以及日后改进的方向,公众的评估意见到底被吸收和借鉴多少等信息是缺少说明的。

三、立法后评估中公众虚置参与的法理解释

(一)制度不健全致使公众参与规则效力低下

第一,缺少硬性和细化的规则约束。我国对立法后评估的规定主要存在于上述国务院出台的一系列政策文件及地方人大或政府颁布的规范性文件中,总体上仅体现为一种宏观上的指导。2015年修订的《中华人民共和国立法法》虽然对立法后评估做出了规定,但只是起到了一种导向作用。正是由于在各个环节都缺少规则或者可操作性的规定,立法后评估中的公众参与在程序和实体上都处于评估主体的掌控之中,实现立法后评估的民主性仍是一种奢望。例如,因评估任务的时间限制,评估机关很难花较多时间分析处理反馈的信息,这不但影响了评估,也会损害公众的参与热情。

第二,公众信息获取低效。立法后评估需要进行信息采集、加工、输出以及反馈等多方面的循环,信息获取的数量和质量直接影响着评估活动的有效性。然而,在立法后评估过程中,立法机关输出信息的“质”和“量”与公众所能够提供的“质”和“量”是不成正比的^①。公众有效参与的前提是对所评估的法律法规具有较为深刻的理解,这牵

涉到法律所确立目标的实现情况。以机动车安全带的强制使用为分析对象加以说明。国家强制性规定机动车驾驶员必须系好安全带,以保障个人安全和公共安全。如果对这一法律条文进行评价,就需要向参与的公众公开每年因未系安全带导致的交通事故伤亡率以及正确系好安全带情形下的伤亡率等关键信息,这样才能判断安全带对司乘人员的保障作用,才能更好地引导公众从理性的角度去评价这一法律条文。

第三,公众参与意识较弱,“搭便车”现象普遍存在。公众参与不仅是外在于公民的制度安排,同时也内生于公民本身的意识。只有从内在意识着手,才能避免公众参与沦为政治冷漠。从功利主义角度讲,公众对公共事务的参与意识普遍缺乏,在注重自身利益实现的同时却往往缺少对共同体的忠诚和参与公共利益的热情。此外,传统法学理论对于法治的理解多注重于规则之治,即强调人们对于法律的遵守,强调法官要适用法律来公平公正地裁判案件。于是,公众对法律的评判可能仅是以现实中的遵守为导向,只要不触犯法律,严格依法办事足矣,至于在立法后评估中参与与否并不影响其生活状态。在此种内在的心理因素和外在的客观环境下,公众会以自己的个体利益为中心而摒弃参与的美德,致使“搭便车”现象普遍出现,评估过程中的“虚置”也就成为常态。

(二)“自上而下”的评估逻辑机制阻滞公众有效参与

从发生学意义上讲,单一的“自上而下”的视角对于我们理解立法后评估中的公众参与是不充分的,因为并非每一次我国的法律制度变革都是建设性的,立法机关的推动也并不总能为公众提供持续性的动力。立法机关并不是完全中立的机构,它有自己的利益倾向与价值偏好。改革开放以来,基于我国经济建设与社会发展的需要,我国法律制度的变革也与之相适应;随着中国特色社会主义进入新时代,更要求“立法要积极发挥引导、推动、规范、保障改革的作用,做到重大改革于法有据,改革和法治同步推进,增强改革的穿透力”^②。因此,我国社会主义法律体系的建设一定程度上呈现出建构色彩。立法权作为政治权力的核心,自然而然地体现了政治权威的逻辑。当然,这种“自上而下”的立法模式有其合理性,它能够

^①参见习近平2015年2月2日在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届四中全会精神,全面推进依法治国专题研讨班上的讲话。

为法律的出台提供良好的组织资源、人力资源与制度资源。以国家立法为例:组织资源主要体现为有很好的组织机构,如人大常委会机关有法律委员会及法制工作委员会、其他专门委员会以及工作机构;制度资源主要体现为法制程序以及实体制度以保障法律的稳定性;人力资源主要体现为顶层的政治精英以及干部官僚^①。当然,这种模式也存在局限性:一是立法机关注重所立之法的权威性,很大程度上容易忽略市场以及社会公众的现实需求,往往未能“全面反应客观规律和人民意愿”,易出现“部门化倾向、争权诿责现象”^②;二是权威性造就了封闭性,致使公众很难通过有效的方式进入立法场域。虽然我们一再强调民主立法的重要性,但是一提到参与,往往呈现出“参与等于开会”“参与等于座谈”的窘境。

上述“自上而下”的权威模式同样反映在立法后评估领域中。对于“自上而下”的动力模式,北大王锡锌教授概括为:“首先,政府是推动经济与法制改革的单一权威主体;其次,改革的议程设定权、决策权和主导权集中于政府这一‘中心’,改革方案、措施的决定和正式、合法的启动只能由政府进行;再次,改革方案与措施的落实由政府通过国家动员、自上而下方式推进”^③。当然,“自上而下”评估模式的动力并非完全由中央政府主导单向地推行,也可由地方经过试验以后逐步得到中央的认可,我国地方立法先行先试与地方立法评估实践都是由地方开始的。但在立法后评估中,具有决策权的立法机关主导着评估的进程,从评估主体到评估对象的选择以及评估标准的确定,无不体现着“自上而下”的逻辑机制。评估主体即为法律法规的制定机关或者委托的第三方机构,评估对象也主要选取那些社会关注度低、调整关系单一的法律法规,评估标准呈现指标化、技术性,评估方法也多是简单的定性分析。由此,从评估主体、评估对象的选取到评估标准、评估方法的确定,立法机关的权威性极大地影响着评估模式的生成。另外,立法后评估的最终目的在于提高立

法质量,但也能侧面反映出立法者的能力和水平;如果法律质量欠佳,很容易造成立法公信力的丧失,损害法律的权威性。出于立法机关的政治诉求与自身利益,评估中的公众参与安排更多是为立法的合法化提供正当性。

(三)“运动式”的立法后评估导致评估目的“异化”

从2000年至今,在全国范围内开展的立法后评估活动并没有实现常态化的运行,只是一种自发性或半自发性的评估。虽然国务院在2004年提出了行政机关要对实施了一定年限的规章和规范性文件进行定期评估,并根据评估的结果及时进行法规的清理^④,但在此后的数年里,科学又系统的立法后评估理论仍没有确立。由于理论界对立法后评估的研究不够深入,实务界又是在摸索中前进,导致我国的立法后评估实践处于理论缺乏的“真空”状态。在此种境况下,虽然许多地方都积极开展各式各样的评估活动,但不论是在评估内容的确定,还是评估指标的设计上都不具有可比性。此种状况下,各地为了自身的利益大都各自为战,很难进行经验交流和相互协同。评估实践的差异也造就了我国评估活动的停滞不前,并从总体上阻碍了我国立法后评估的进程。这种各自为战并缺乏协作的评估现象滋生的最大负面效果就是:盲目跟风以及无效评比现象严重,立法后评估被异化成为绩效竞争的需要。一些地方看到其他地区的评估活动取得了表象的成绩,从形式上提升了当地的法治水平,就迫不及待也对本地方的法规规章进行评估。殊不知这种评估活动往往是基于对立法后评估认识不深或者同本地方的实际脱节而仓促推行的,结果就是为了评估而评估,评估结果可能并未真实反映本地方的现实法治水平。如2013年俞荣根教授在对重庆市地方性法规进行评估后认为,重庆的立法质量相对较高,多个法规文本的评分都在80分以上;但2015年中国社会科学院法学研究所推出的《中国地方人大立法指数报告》显示,重庆的综合得分只有66.06^⑤;

①党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,有的法律法规未能全面反应客观规律和人民意愿,针对性、可操作性不强,立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出。

②国务院2004年发布实施的《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)第18条规定,“规章、规范性文件施行后,制定机关、实施机关应当定期对其实施情况进行评估。实施机关应当将评估意见报告制定机关;制定机关要定期对规章、规范性文件进行清理。”此后在2010年发布的《国务院关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号,2016年已失效)第7条规定,“积极探索开展政府立法成本效益分析、社会风险评估、实施情况后评估工作”。

③虽然中国社会科学院法学研究所只是对地方人大的立法公开进行评价,但在一定程度上反映出地方的立法水平有待提升,从侧面也说明了各地立法评估“自说自话”的地方性。

此外,世界正义工程组织对中国的法治综合指数评价只有0.48(评估指数的分值范围为0到1),重庆的评分远低于全球平均值^[7]。由此可见,自我评估与作为他者的外部评估存在着很大的差距。

此外,从目前各地的评估实践来看,自上而下的评估模式具有很强的运动式特征,很难确保评估活动的连贯性和持久性。事实上,这种运动式、缺乏持久性的“一次性评估”需要大量的人力、物力、财力作支撑,如果评估的效果并没有实现预期目的,不但会耽误立法机关的本职工作,也无法持续追踪法律在现实实施中的动态变化。对于立法后评估的启动机制,各地方的立法后评估规定所呈现的是一种年限性评估,即对于所需要评估的法律法规需要在实施3到5年后才可以进行评估,这一年限的设置主要是与法律的生命周期相适应。对这种年限性立法后评估,有学者指出,一部法律颁布后的每3到5年即可开展一次评估,而非法律实施后的第一个3到5年^[7]。本文赞同此种观点,因为法律是一个长期实施的过程,需定期进行评估来发现问题。然而,从各地方的立法后评估实践来看,多数地方均是“一次性评估”。如长沙市对《历史文化名城保护条例》的评估、宁夏回族自治区2011年启动的对若干地方性法规的“一揽子评估”,这些评估项目都是开展一次便宣告结束,很难看到后续对这些法规的处理。这种“一次性评估”切断了评估与完善法律的联系,立法质量是否提高也是一个问号。同时,一些地方立法机关为了凸显自身的创新性,总是想方设法寻找一些评估新方法或者尝试性地提出新概念,这在立法后评估的不同称谓上便能体现出来^①,在另一方面容易导致国内立法后评估的良莠不齐。总之,立法后评估的官方性特征限制了公众的参与和监督,结果可能是损害了立法后评估的功能和地位,使之异化为提高政绩的一种手段。

(四)“精英化”的技术理性与“大众化”的公共理性存在冲突

我国立法后评估功能的特殊性决定了在评估过程中需要关注法律文本以及实施过程中的成绩与效果,即立法后评估的活动本质上是对法律实

施效果的评价。党的十八届三中全会明确提出“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”,“这既是对法治实施评估的科学表述,也是对该类评估功能范围的精准限定,即法治实施评估主要是对法治建设成绩与不足进行考核和监督”^[4]。很显然,基于此种功能主义的视角,评估的根本目的是由原来制定法律法规的机关自行组织评估活动,并与原先预计该法律法规所期望的目的进行对照验证,通过评估方案的精细实施来得出法律所预期的目标是否实现的结论。这是一项具有技术性和专业性的工作,需要专业的知识、方法对相关的标准、数据等进行分析论证。以评估指标体系的建立为例,指标体系的筛选与构建实际上是一个逐层赋权的类聚问题,指标设计者往往选择立法中的显性、半显性或者隐形的现象、行为、结果作为依据^[8],在对其进行逐层类聚的基础上形成一些概括性名词作为评估维度,进而逐层分解为层级指标。指标的选取、分类、赋权,都需要很强的“技术理性”。因此,在专业化的知识和数据成为立法后评估主要指标的背后,公众的意见最多只是衡量社会需求与立法效果呼应性的一项指标。在这种特征下,蕴含着一种持久并且强大的公共理念,即:法律实施效果的评估可能因专业化、技术化而具有科学性和合理性;评估过程只要有公众参与就具有正当性。所以,各地方在进行立法后评估活动时,往往委托相应的专家机构进行评估,如《南京市人大常委会立法后评估办法》第7条规定,常委会根据需要,可以委托评估机构、高等院校、社会团体等进行部分事项或者全部事项的评估工作。虽然立法后评估中注重公众参与会对促进评估的合意性、正当性产生重要意义,但实际上,公众认知法律或者法治的真实状况并非基于理性认知,而是以自身的感性认知以及价值判断去评价法律的好坏,甚至是以一些标志性的案件或者司法制度来判断法律(司法)的公开公正,如冤假错案、法治热点案件、刑讯逼供问题等。当然,我们也应该清醒地认识到,执法或者司法过程中产生的负面评价并不能完全说明公众对我国法律的不信任,只是在法律评价过程中,公众在价值上所展

^①如海南省2005年启动“立法跟踪评估”,对《海南省红树林保护规定》进行评估;浙江省2006年开启“立法质量评估”,对《浙江省殡葬管理条例》进行评估;甘肃省2005年建立了法规质量跟踪评估制度,并于2009年对《甘肃省实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》进行了评估。陕西省人大常委会2012年发布的《陕西省地方立法评估工作规定》将立法评估分为“立法前评估”和“立法后评估”,广东省人大常委会2013年发布的《广东省人民代表大会常务委员会立法评估工作规定》将立法评估分为“表决前评估”和“立法后评估”。此外,对于评估方法,基于定性分析和定量分析,形成了专家评议法(重在法律文本质量评估)、德尔菲法、调查研究法、成本收益分析法等。

现的公共理性易与专家的技术理性产生冲突,而这种冲突往往会削弱公众参与的深度和广度,形成和加剧公众参与的“虚置”现象。

四、公众参与 虚置 现象的治理路径

(一)完善立法后评估制度规范

立法后评估的实践促使有立法权的省市制定相应的立法后评估办法或规定。但正如前文所讨论的,虽然各地方都将立法后评估的目的规定为规范立法后评估工作,提高立法质量,了解法律、法规或规章的实施效果,促进社会经济的发展,并且在进行评估时要注重公众参与的原则,但实际上,作为一种典型的内部评估,规范的制定并没有让评估机关树立公众参与的意识,实践中启动主体的单一性和无准则性,以及执行过程中缺乏程序性的现象比比皆是。对此,完善立法后评估的制度规范是首先需要解决的问题。

1. 树立立法后评估中公众参与意识

鉴于评估组织者对公众参与的重要性认识不足,立法后评估制度的完善首先应从思想意识上入手。评估过程中公众参与意识的树立是评估规律的发展要求,也是评估实践反馈的结果。这一意识的形成要求评估的组织及实施主体区分参与者的不同类型,尤其是防止“利益化”代表和“策略性”代表的出现。

2. 细化参与规则,加快公众参与制度化进程

从现有关于公众参与的法律制度来看,在价格决策领域、城市规划领域及环境影响评价领域都有明确的规定,而立法后评估中的公众参与并没有相关的法律进行规定。由于缺乏统一的规范指导,且享有地方立法权的省市数量众多,所制定的地方立法后评估规定也必然纷繁复杂,这难免会出现各行其是的情形,损害了立法后评估法律制度的权威性,影响我国法制统一原则的实现。因此,为了提高立法后评估中公众的地位、保证公众参与的权威性与有效性,推进公众参与的制度化进程需要从两方面着手:首先,对于已经颁布的各省市的立法后评估办法或规定,要明确公众参与的形式、参与的内容以及参与的程序,根据立法后评估的特殊性和各地方的特色细化公众参与的规则,将原则和内容具体相结合;其次,为了保证中央和地方立法后评估的统一性与制度化运行,确保立法后评估的“有法可依”,保障公众参与的正当性,应当在现行的《立法法》中规定关于公众参与立法后评估的内容,从制度上肯定公众参与

的价值,凸显出主体地位平等、自由的理念。

(二)设立“自下而上”的公众启动权

1. 设立启动权的价值及可行性

我国立法后评估的“内部模式”决定了由立法机关或者其下属部门启动对相关法律法规或规章的评估,公众的角色根本没有体现出来。从深层次讲,权力机关并没有改变传统的“管理”理念,立法评估中公众参与的“被动性”还是一种“公众管理论”的表现形式^[21],忽略了程序正义对实体正义的重要意义。而随着“良法善治”理念的不断推进,赋予公众立法后评估的启动权有助于推动权力机关由“管理”向“治理”转变,缓解精英的“技术理性”与公众“公共理性”之间的矛盾,最终形成“自下而上”的启动模式。关于公众对立法后评估的启动权,现阶段我国的法律并没有对此概念进行相关的界定,但《立法法》中有体现该内容的价值意蕴。如《立法法》第99条第2款规定,社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例与宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议。从该法条体现的立法原则可以看出,根据科学立法、依法立法的要求,社会主体拥有对相关法规启动审查的权利,并且可能会产生法规修改的结果^[22]。这种启动权的设立可以有效改变立法过程中公众参与的被动性。

2. 公众启动权设立的条件

考虑到现实社会公民性的培养以及公众参与的能力,启动权的设立并非杂乱无章,仍需在评估机关的引领下确保提案的合法性与合理性。公民性的培养和公众参与能力的稳定提升需要一个循序渐进的过程,公众参与不能脱离社会现实和历史发展阶段,其参与的时间和空间都需要相应的轻重缓急次序以及适度^[23]。

首先,对于启动的主体,“公众”这个复杂的概念主要是指除国家权力机关以外的个人或者组织。该类主体在启动立法后评估时,必须达到一定的人数,并且只有在需要评估的法规或规章并未保障公共利益的实现时才可以启动。其次,对于启动的评估对象,由于全国人大制定的法律所调整的范围较为复杂,因此要先从地方性法规或规章开始,一般需满足两个条件:一是地方性法规或者规章实施满3到5年,并且在实施过程中,法的效力与法的实效在很大程度上不够契合或者公众有充分的理由及证据表明法规缺乏合法、合理、科学性,且损害了公共利益;二是借鉴国外的做

法,可以对法规或规章的整体提出评估建议,也可以对部分条款提出申请。

(三)明确公众参与范围:横向与纵向参与

由于立法后评估是一个动态的过程,因此本文将公众参与评估的范围分为横向性和纵向性两个方面。纵向性参与即参与的深度,是指公众在何种阶段介入参与;横向性参与是指公众参与立法后评估的内容包含哪些方面。不论是纵向参与还是横向参与,公众的类型不同,所参与的侧重点也就不同,参与的深度与广度主要以参与的有效性为核心原则。

1. 公众的“范围”界定

从理论上说,立法后评估的参与主体应当是全体公众,但在绝大多数的情况下,这只能是一种理想状态,现实中没必要也不可能让所有的公众参与到评估过程中。正如科恩所讲:“在任何规模很大的社会中,如国家,要使全社会的正式成员在决策过程中都起到一定的作用,根本是不可能的。即使把许多影响政策的间接形式也视为参与。”^[21]同样,在我国的立法后评估过程中,“公众”也并非同质化很高的个体,不能随意地让其参与评估活动。据此,评估机关在坚持包容性的基础上,根据评估需要来选取相应参与主体,具体包括与评估对象有利害关系的个人、组织,有专业知识但是以普通公众身份参加的专家和其他普通公众。

2. 公众的阶段性参与——纵向参与

立法后评估并不是一个单行的行为过程,汪全胜教授将立法后评估过程分为立法后评估的准备阶段、立法后评估的实施阶段、立法后评估的完成阶段^{[5]200}。在现实的评估实践中,立法机关也往往按照这三个阶段进行,如《西宁市政府规章立法后评估办法》规定,评估工作应当按照以下程序进行:成立评估小组、制定评估方案、开展调查研究、进行分析评价、形成评估报告。立法后评估的这三个环节构成了一个完成的逻辑关系。

基于立法后评估的开放性,公众应该融入立法评估活动的全过程。然而,受客观环境的限制,我国远未达到成熟的公民社会,因此,基于公民素质与专业知识程度,不同阶段的参与主体是有所侧重的。首先,评估的准备阶段以制定评估目标、确定

评估对象、确立评估标准、建立指标体系及实施方式为主要任务,尤其是指标体系决定着评估的科学性。该阶段中目标的分解、标准及指标的构建具有很强的技术性,普通公众难以提供助益,且评估对象的选取直接关系到利益相关者的切身利益,故该阶段的参与主体为有相关专业知识的利益相关者和专家。其次,在评估实施阶段,主要任务是根据上一阶段确定的方案收集数据,并展开调查、处理和论证。在法律实施效果方面,公众基于生活经验和地方性知识有很大的发言权,且法律的运行依赖于社会情境,因此,该阶段的参与主体可以包含利益相关者、专家和普通公众。最后,在评估完成阶段,主要任务是形成评估报告,为今后的立法决策提供支持。评估是否客观、有效都需要结果加以证成。然而,在现有的评估实践中,多数的评估报告并没有被公开,加之缺乏监督机制,报告的有效性与实用性是存有疑问的。由于利益相关者的各自利益实现程度、法律文本的质量情况、实施效果的效益性、评估过程中的不足等都包含在评估报告中,因此,为了促使评估报告被合理使用,加强立法评估的事后监督,此阶段的参与主体应包含利益相关者、专家和普通公众,只是利益相关者更应该重点被关照。当然,鉴于分工不同,公众对评估过程的全程参与不代表每一阶段都要以公众为中心,只是每一个阶段都需要有公众参与的身影。

3. 公众参与的具体内容——横向参与

横向参与强调的是公众对哪些内容进行评估。“立法的人民意志性是一切法的精神支柱和生命之源”^[23],公民权益的实现是立法的合法性依据以及正当性证成。实践中,为了使立法质量能够很好地以量化的形式表达出来,评估机关多注重对法律文本的评估。这种对文本的评估往往注重技术性以及形式理性而忽略了法律的实体价值^①。从评估完整性上讲,形式理性和实质理性都是立法后评估所必不可少的,公众评估也更为注重价值判断。尤其是对于地方立法中关于权利的条文规定,更需要公众以其社会经验和实践感知去评价其效果。因此,需要明确公众参与的实质性内容,并由此确立公众参与立法后评估的主要内容及评价指标^②。

① 虽然各地方颁布的立法后评估办法都将地方立法文本、实施效果以及社会经济影响等作为评估的内容,但在实践中却往往以地方立法文本为评估内容。

② 相对于国家和社会的宏观,公民是微观意义上的体现。对公众参与的内容进行设置,有助于“国家—社会—公民”良好关系的互动。因此,本指标的设计借鉴了其他学者的理论框架,但侧重点与内容是不相同的。

基于良法善治原则以及根据立法后评估在我国的实践情况,本文将公众参与立法后评估的标准分为三个维度:正当性、合理性和实效性。

第一,正当性。正当性主要是评价公众参与评估的途径以及利益的表达程度,包括以听证等方式实现的意见表达、具体情境下的公共利益保护、利益冲突下的基本共识等。第二,合理性。该评价指标主要强调法律法规在公众中的可接受程度^[24],重点强调法律在被执行过程中是否能够保障个人权利,并促进公共利益的实现,如法律规定的权利义务是否明确、是否能够做到公正对待等。第三,实效性。实效性是指所制定的立法文件在具体实施过程中所带来的社会效果,重点评判法的应然效力转化为实然效果的程度。这是最主要的评估内容(见表5)。

表5 公众参与立法后评估的内容

内容 (一级指标)	二级指标
正当性	是否有途径参与评估、具体情境下的公共利益保护、利益冲突下的基本共识
合理性	权利义务规定是否明确、是否能够正当维权、是否有完善的救济措施、法律的指引作用是否明确、是否能够平等对待
实效性	法律是否能够被知晓、对法律实施后所产生的经济效益与社会效益是否满意、违法成本与守法成本如何、是否满足自身需要、感知与期望的差距、对法律的认同

(四)建立健全反馈机制保证公众参与的效能
立法评估中的公众参与是一种“信息”“知识”“利益”的参与,即在评估过程中,要重新衡量立法机关和公众之间的“角色”和“关系”,通过反馈互动,进一步实现利益诉求的协调。实际上,在评估机关和公众互动的过程中,最关键的问题在于知识信息的供给与反馈,理想的“参与模式”需要实现公众感性知识与评估机关理性知识的交流与融合,建立一种信息沟通机制来确保公众参与的主动性和持续性。这种信息的沟通反馈一定要及时、可靠。

第一,公开性。评估报告应该及时向社会公开,并对报告内容进行说明,即在哪些阶段通过何种方式对公众的意见进行了收集,这些意见对法律整体或者部分条文的评价产生了何种影响,在未来法律完善过程中是否会被吸收等。第二,实质性。评估机关在总结和归纳公众的建议和信息后,并不是简单地以“收到”进行表态,应当对重要的评估信息进行全方位的回应,注重反馈的实质价值。如,在对环境立法的评估中,评估机关要对

法律实施给未来环境带来的影响以及公众的环境权实现做出权威的解答,而非简单地去表态或承诺。第三,多样化。评估机关可以根据公众参与的方式自由选择反馈方式,如以座谈会、听证会等方式吸收公众意见,有条件时可以当场回复。此外,评估机关可以充分利用新传媒的广泛性和公共性特点,对于那些涉及重大利益或者内容较为复杂的评估反馈意见,在充分论证的基础上利用信息技术平台进行快捷回复。

五、结语:公众参与立法后评估的制度化

立法后评估制度的建立与开展,为立法机关及时了解法律规范的运行状况提供了窗口,并为法律的修改、废止以及完善提供了重要的参考依据。评估本身不是目的,充分利用相关的信息以及评估的结论提高立法质量、促进我国法律体系的完善,才是立法后评估的目的所在。从实践中看,不论是中央还是地方,评估重心都是对法律所确立的制度、规范及其实施效果的检验,其实质功能是通过透析法律在现实中的运行状况发现问题,并为今后法律的修改完善提供建议。而对立法进行评估,不仅需要重视立法的合规律性与合法性,更需要重视立法的合民意性,当然,作为立法活动的延伸,立法后评估不可能与立法的民主性、科学性、法治性相背离,只能去落实立法本身所包含的精神要义。正因此,立法机关在评估活动中必须要重视公众参与。公众参与立法后评估,无论是基于弥补“精英评估”的缺陷还是增强立法机关权力行为的正当性,实质上都是对我国立法权力及立法模式的反思。由于我国的公民社会尚未形成,实现公众和立法机关合作开展评估活动还处于理想状态,但不论是合作评估还是在立法机关主导下的评估,只有当公众的意见得到立法机关的重视并且使公众参与制度化,“虚置”现象才能被消解,公众在评估中的重要作用才能得到发挥。

参考文献:

- [1] 汪全胜. 法律绩效评估的“公众参与”模式探讨[J]. 法制与社会发展, 2008(6):19-29.
- [2] 王锡铨. 公众参与、专业知识与政府绩效评估的模式——探寻政府绩效评估模式的一个分析框架[J]. 法制与社会发展, 2008(6):3-18.
- [3] 张德森, 李朝. 中国法治评估进路之选择[J]. 法商研究, 2014(4):3-12.
- [4] 李朝. 法治评估的类型构造与中国应用——一种功

- 能主义的视角[J].法制与社会发展,2016(5):5-20.
- [5] 汪全胜.立法后评估研究[M].北京:人民出版社,2012.
- [6] 席涛.立法评估:评估什么和如何评估(上)——以中国立法评估为例[J].政法论坛,2012(5):59-75.
- [7] 任尔昕.地方立法质量跟踪评估制度研究[M].北京:北京大学出版社,2011:100.
- [8] 王亚平.论地方性法规质量评价标准及其指标体系[J].人大研究,2007(2):24-27.
- [9] 汪全胜.立法后评估的标准探讨[J].杭州师范大学学报(社会科学版),2008(3):92-96.
- [10] 赖因哈德·施拉克曼,沃尔夫冈·梅耶.评估学[M].唐以志,译.北京:人民出版社,2012:332-333.
- [11] 管兵,岳经纶.立法过程中的公众参与:基于《物权法》和《就业促进法》立法参与的研究[J].政治学研究,2014(4):27-39.
- [12] 张琼.法治评估的技术路径与价值偏差——从对“世界正义工程”法治指数的审视切入[J].环球法律评论,2018(3):171-192.
- [13] 童海保.构建我国立法效果评估制度[J].国家检察官学院学报,2006(2):82-85.
- [14] 骆梅英,赵高旭.公众参与在行政决策生成中的角色重考[J].行政法学研究,2016(1):34-45.
- [15] 瞿郑龙.当代中国的国家立法模式及其原则重塑——实证政治视野的分析[J].法制与社会发展,2016(6):5-21.
- [16] 王锡铤.公众参与与中国法治变革的动力模式[J].法学家,2008(6):90-100.
- [17] 张琼.立法评估完整性研究及建设路径[J].宏观质量研究,2016(2):102-110.
- [18] 伍德志.论法治评估的“伪精确”[J].法律科学(西北政法大学学报),2020(1):3-15.
- [19] 上官丕亮.立法法对行政立法程序规定的缺陷及完善[J].行政法学研究,2001(1):26-33.
- [20] 杨建峰.论行政立法后评估的启动机制——以公众参与为视角[J].河北青年管理干部学院学报,2011(1):65-66.
- [21] 秦攀博.公众参与的多维审思:分化与融合[J].求实,2019(6):15-27+107-108.
- [22] 科恩.论民主[M].聂崇信,等译.北京:商务印书馆,1988:12.
- [23] 郭毅.论立法意志及其保障——兼及《立法法》的“人民意志”[条款].山东大学学报(哲学社会科学版),2001(6):49-53.
- [24] 秦前红,底高扬.在规范与事实之间:我国地方立法质量评价标准体系的重构[J].宏观质量研究,2015(3):89-99.

(责任编辑 魏 新)

The “Fictitious” Public Participation in the After-Legislation Evaluation and Its Governing Approach

ZHANG Demiao, DU Pu

Abstract The after-legislation evaluation system, which tests the effectiveness of legislation, improves the quality of legislation, and promotes the perfection of the legal system, has been gradually recognized and carried out nationwide. However, in this multi-subject game, the public only have a passive or functional “fictitious” participation, unable to play their positive and subjective role. Public participation is just a fragmented arrangement, far from being institutionalized. The practical dilemma is embodied in the unbalanced composition of the participants, the vagueness of the participation contents, the “instructionalization” of the ways of participation, and the suppression of the effect of participation. To break through this dilemma, it is necessary to have a correct understanding of the value of public participation evaluation, to construct an approach from the aspects of ideology, system, direction of participation, and effect of participation, and to realize the effectiveness and institutionalization of public participation in after-legislation evaluation.

Key words evaluation of the rule of law; after-legislation evaluation; public participation; “fictitious”

THE PRACTICAL DIFFICULTIES AND SOLUTIONS OF THE MECHANISM FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS IN VIEW OF THE BUSINESS ENVIRONMENT UNDER THE RULE OF LAW

Zhang Demiao & Zhao Jianya

TABLE OF CONTENTS

I. THE NECESSITY OF ESTABLISHING A MECHANISM FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS UNDER THE RULE OF LAW	50
A. <i>The Connotation of a Business Environment under the Rule of Law</i>	50
B. <i>The Dispute Resolution Mechanism as an Important Indicator for Evaluating the Business Environment</i>	51
C. <i>The Logic of a Diversified Dispute Resolution Mechanism</i>	52
D. <i>A Mechanism for Coordinating and Handling Foreign Complaints as an Important Way to Solve Diversified Disputes</i>	52
II. THE CURRENT SITUATION AND PROBLEMS OF FOREIGN-RELATED DISPUTE RESOLUTION FROM THE PERSPECTIVE OF BUSINESS LAW ENVIRONMENT	53
A. <i>Environmental Analysis of Regulations and Policies for Foreign-related Dispute Resolution</i>	53
B. <i>The Inaccurate Positioning of Government Functions under the Complaint Mechanism</i>	57
C. <i>Insufficient Internationalization Level of Dispute Resolution in the International Market</i>	58
III. EXPLORATION OF THE OPTIMAL PATH FOR MECHANISMS FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS.....	60
A. <i>Making Legislation in a Scientific Way and Refining Supporting Measures</i>	60
B. <i>Strengthening the Functions of the Joint Government Conference: Building a Unified Coordination and Handling Organization for Foreign Business Complaints</i>	61
C. <i>Establishing a Diversified Mechanism for Resolving Foreign-related Disputes that Integrates Complaint Coordination, Litigation, Arbitration, and Mediation</i>	68
IV. CONCLUSION	72

THE PRACTICAL DIFFICULTIES AND SOLUTIONS OF THE MECHANISM FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS IN VIEW OF THE BUSINESS ENVIRONMENT UNDER THE RULE OF LAW

Zhang Demiao* Zhao Jianya**

The foreign business complaint mechanism is the content and component of the diversified dispute resolution mechanism, and also the inevitable requirement of further optimizing the business environment. Faced with the problems of decentralized complaint acceptance institutions, overlapping functions, backward service concepts, and insufficient internationalization level of dispute resolution in the current foreign business complaint mechanism, we should deal with them from the two levels of the government and the market, including scientific legislation, transformation of government functions and construction of diversified dispute resolution mechanisms. We should build a diversified dispute resolution mechanism combining complaint coordination, mediation, arbitration and litigation through the establishment of a unified foreign business complaint coordination mechanism, commercial mediation legislation, detailed implementation plan of the law on foreign investment, and guarantee the effectiveness of complaint handling methods, so as to give full play to the important role of the foreign business complaint coordination mechanism in the new era.

The Belt and Road Initiative conforms to the current trend of win-win cooperation, and has resulted in the continuous expansion of China's geographical pattern of opening up to the outside world. The promulgation of the *Foreign Investment Law of China* (hereinafter referred to as the Foreign Investment Law) and the *Regulations for the Implementation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as the Regulations for the Implementation) has served as a signpost for the rule of law in China or a shield of the rule of law for mutual benefit and win-win results. Further improving the mechanism for coordinating and handling foreign complaints will help to improve Chinese business environment and protect the rights and interests of foreign businesses in the field of foreign trade and investment under the rule of law. Based on the current situation of the coordination and handling of foreign complaints in China, this article analyzes the existing problems in the legislative policy environment, government function orientation, and internationalization

* Professor at Law School of Zhongnan University of Economics and Law. This article is sponsored by the National Social Science Fund of China of 2017, entitled *Research on the Quality Evaluation Mechanism and Indicator System of Local Legislation in China* (17AFX001).

** Ph.D. Candidate at Zhongnan University of Economics and Law.

level of foreign-related dispute resolution in China, and attempts to reconstruct the mechanism for coordinating and handling foreign complaints through scientific legislation, function optimization, and further internationalization. It is hoped that the complaint mechanism will effectively integrate with international commercial mediation, arbitration, litigation, and other diversified dispute resolution mechanisms, and ensure that the settlement of foreign-related commercial disputes is convenient, efficient, and diversified, so as to provide new solutions for China to optimize its business environment and realize deeper and higher-level opening-up.

I. THE NECESSITY OF ESTABLISHING A MECHANISM FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS UNDER THE RULE OF LAW

A. The Connotation of a Business Environment under the Rule of Law

A business environment under the rule of law refers to the application of modern national governance methods to promote an environment for business that meets the basic requirements of law-based society. The academic community has a different understanding of a business environment. *Feng Ye* believes that a business environment is the sum of the various conditions experienced by market subjects in production and operation activities.¹ According to *Wei Xiaohai*, a business environment can be defined in both a broad and a narrow sense. In the broad sense, it refers to all the factors that affect and restrict the development of a local economy, such as the area's natural environment, history, and culture. In a narrow sense, it refers only to market access, tax burden, and judicial justice, which are closely related to the government's public services.² *Ma Xiangdong* believes that a business environment is the sum of the political environment, the economic environment, the legal environment, the international environment, and other external environments that an enterprise is in during the process of starting up, operating, and closing.³ According to the *Regulations on Optimizing the Business Environment*, a business environment refers to the institutional factors and conditions involved in the market economy activities of market entities such as enterprises.⁴ It is clear that there are many socio-economic factors affecting a business environment, and the legal environment is an essential one of them.

1 Feng Ye, *The Establishment of an Indicator System for Assessing the Business Environment under the Rule of Law*, 2 *Theoretical Exploration* 120 (2020).

2 Wei Xiaohai, Dong Zhiqiang & Zhang Yongjing, *Why Is the Business Environment So Important? Empirical Evidence from 'Managing Internal Business and Dealing with External Troubles' of 'Private Entrepreneurs'*, 2 *Economic Science* 115 (2015).

3 Ma Xiangdong & Wang Yuesheng, *New Strategies for Attracting Foreign Investment in the New Era: From Preferential Investment Policies to the Optimization of Business Environment*, 4 *Journal of the Party School of the CPC Central Committee* 112-121 (2018).

4 REGULATIONS ON IMPROVING THE BUSINESS ENVIRONMENT, at 2 (China Legal Publishing House, 2019).

The rule of law is the basic mode of modern state governance, and its implementation is the inherent requirement for the modernization of state governance.⁵ The rule of law also entails open and transparent rules and procedures.⁶ The best practice of the rule of law is to adapt to the needs of social governance at that time.⁷ Adopting the rule of law method to solve social contradictions can reduce conflicts of interest among the subjects of a pluralistic society within the framework of judicial justice. Therefore, judicial protection and alternative dispute resolution mechanisms are essential for creating a good business and market environment. We should explore the innovation and improvement of social governance, establish a reasonable and legal mechanism that can effectively prevent and resolve conflicts and disputes, and realize the rule of law in dispute resolution.

B. The Dispute Resolution Mechanism as an Important Indicator for Evaluating the Business Environment

The concept of a business environment originated with the *World Bank's Business Environment Report* in 2003. The World Bank released its country report on China in 2008, and provided detailed data on the business environment in 30 Chinese cities.⁸ Since this period, the concept of business environment has become gradually more valued in China. Although the World Bank has not directly provided a clear definition of a business environment, it is generally believed that the business environment in a certain country or region refers to the ease of carrying out economic activities in a certain country or region, and it is an important embodiment of a country or region's economic soft power and international competitiveness.⁹

According to the *Business Environment Report 2020* released by the World Bank, a business environment covers 12 indicators, such as business start-up, project licensing, protection of small and medium investors, cross-border transactions, contract fulfillment, and so on.¹⁰ The purpose of the report was to evaluate these indicators to assess the degree of ease in business conditions in various countries or regions. Foreign-related disputes have different types and characteristics from general civil and commercial disputes due to their special trading objectives, subjects, transaction systems, and supervision systems. The

5 Zhang Wenxian, *The Rule of Law and the Modernization of National Governance*, 4 *China Legal Science* 5 (2014).

6 Li Yufeng & Deng Sidi, *Common Sense: Rational Basis of Intellectual Property Administrative Law Enforcement*, from the *Business Environment under the Rule of Law*, 3 *Journal of Fujian Normal University (Philosophy and Social Science Edition)* 62 (2020).

7 Rao Shiquan, *On the Legitimacy of the Legal Evaluation of Social Governance*, 2 *Heilongjiang Social Sciences* 98 (2019).

8 Dong Zhiqiang, Wei Xiahai & Tang Canqing, *Institutional Soft Environment and Economic Development: An Empirical Study of the Business Environment in 30 Major Cities*, 4 *Management World* 9-20 (2012).

9 Han Yang, *Building a Business Environment in the Modernization of National Governance: From the Perspective of the Relationship between Government and Business*, 1 *United Front Studies* 40 (2020).

10 THE WORLD BANK'S DOING BUSINESS 2020, at https://www.sohu.com/a/364470868_120414338 (Last visited on June 5, 2020).

resolution of foreign-related disputes also requires more attention to the values of convenience and efficiency. Meanwhile, dispute resolution methods, measures, and results should be in line with international standards.

C. The Logic of a Diversified Dispute Resolution Mechanism

The diversity of business subjects and the complexity of business behaviors have given rise to the diversification of dispute resolution methods. Whether these commercial disputes can be dealt with fairly, in a timely way, and efficiently is an important factor to be considered in optimizing a business environment. The first concern is whether there are diversified and sufficient approaches to dispute resolution. Only diversified and sufficient dispute resolution mechanisms can meet the different needs of different market entities and different types of disputes; the ability to meet these needs forms the foundation for dispute resolution. Secondly, whether the process of dispute resolution is timely and efficient determines the efficiency of the market economy. Finally, the fairness of the outcome is the ultimate goal of dispute resolution and an important indicator of the optimization of the business environment. All the problems mentioned above need not only the support of the judicial system, but also the help of complaint coordination agencies, government reconsideration departments, mediation agencies, and arbitration agencies. Only when these agencies continuously improve their legal level and capacity can they fairly protect the legitimate rights and interests of various market entities. Therefore, whether a business environment can provide a diversified, efficient, and fair dispute resolution mechanism for market players is an important rule of law issue in the process of social governance and a key factor in optimizing that business environment.¹¹

D. A Mechanism for Coordinating and Handling Foreign Complaints as an Important Way to Solve Diversified Disputes

A foreign business complaint mechanism is an inevitable requirement for diversified dispute resolution in a business environment under the rule of law. A pluralistic dispute resolution mechanism refers to a procedural system in which various dispute resolution methods, procedures, or systems exist together in society. These different aspects of the dispute resolution mechanism can meet the diverse needs of social subjects by executing their specific functions and

¹¹ He Fang, *A Study on Building Business Environment in Yunnan Province*, 1 *Social Governance* 76 (2019).

characteristics, coordinating and complementing each other.¹² Although China has not formed a systematic and institutionalized diversified dispute resolution system, and has not established a smooth cohesive procedure for the combination of litigation and mediation, or arbitration and mediation, etc., diversified dispute resolution mechanisms have become the general trend in the international community's dispute resolution. This trend is notable because, with the development of economic and trade relations between China and countries along the Belt and Road route, commercial disputes continue to increase. Before a foreign-related dispute enters the legal process, the parties usually choose the lowest cost way to handle the dispute, that is, they make a complaint to the relevant department to protect their legitimate rights and interests. In theory, such a choice is very consistent with the investment dispute resolution procedure advocated by Calvinists, which emphasizes the local relief of the host country, including judicial relief and administrative relief.¹³

II. THE CURRENT SITUATION AND PROBLEMS OF FOREIGN-RELATED DISPUTE RESOLUTION FROM THE PERSPECTIVE OF BUSINESS LAW ENVIRONMENT

A. Environmental Analysis of Regulations and Policies for Foreign-related Dispute Resolution

1. There Is a Lack of Foreign-related Dispute Resolution Clauses in the Business Environment Legislation. — Before the State Council issued the *Regulations on Optimizing the Business Environment*, some provinces and cities had issued local regulations and policies on improving the business environment, such as Guangdong, Liaoning, Hebei, Heilongjiang, Jilin, Shanxi, and Tianjin. Beijing and Shanghai implemented local regulations on improving the business environment almost simultaneously in April of this year.¹⁴ It can be understood from the above legislative provisions on dispute resolution in various municipalities that, although diversified dispute resolution has become an inevitable factor in the legislation of the business environment in various cities,

¹² Fan Yu, *The Development and Enlightenment of Diversified Dispute Settlement Mechanism in Contemporary World*, 3 Applied Law in China 48 (2017).

¹³ Han Xiuli, *On the Revival of Calvinism, Investor, Perspective of State Dispute Settlement*, 1 Modern Law 122 (2014).

¹⁴ The State Council, *Regulations on Optimizing the Business Environment*, article 66; Guangdong Province, *Key Points for Further Deepening Business Environment Reform in Guangdong Province in 2019*, article 48; Liaoning Province, *Regulations of Liaoning Province on Optimizing the Business Environment*, article 42; Hebei Province, *Regulations of Hebei Province on Optimizing the Business Environment*, article 48; Heilongjiang Province, *Regulations of Heilongjiang Province on Optimizing the Business Environment*, article 45; Jilin Province, *Regulations of Jilin Province on Optimizing the Business Environment*, article 54; Shanxi Province, *Regulations of Shanxi Province on Optimizing the Business Environment*, article 9; Tianjin Municipality, *Regulations of Tianjin Municipality on Optimizing the Business Environment*, article 45; Beijing Municipality, *Regulations of Beijing Municipality on Optimizing the Business Environment*, article 69; Shanghai Municipality, *Regulations of Shanghai Municipality on Optimizing the Business Environment*, article 66.

this legislation has contained few clauses concerning dispute resolution, and clauses concerning foreign-related legal dispute resolution have only appeared in the legislation of some cities. At present, there are still some problems in this legislation: first, the contents of the legislation are mostly declarative clauses, which lack operability in practice; second, some of the laws and regulations are too principled, and there are no specific implementation rules that are compatible with these policies and regulations; third, the level of internationalization is insufficient. Only Beijing and Shanghai have currently joined the ‘one-stop’ international commercial dispute resolution platform.

2. *The Regulations and Policies on Foreign Business Complaints Are Too Principled.* — As early as May 2006, the Ministry of Commerce passed the *Interim Measures on Complaints against Foreign-Invested Enterprises* (hereinafter referred to as the Interim Measures), and accordingly set up a national complaint center specifically for handling various problems reported by foreign-invested enterprises. However, the Interim Measures makes very general provisions on the subject of accepting complaints and only establishes the preliminary framework for the complaint mechanism for foreign-invested enterprises; moreover, the practice of accepting the complaints of the national and local governments at all levels does not constitute the construction of a complete system.¹⁵

In January 2015, the Ministry of Commerce publicly solicited opinions on the *Draft of Foreign Investment Law of the PRC* (hereinafter referred to as the Draft Opinions). The Draft Opinions makes it clear that a mechanism for coordinating and handling foreign complaints should be established, and specifies the responsibilities, institutions, and principles of the center for coordinating and handling foreign complaints, thus establishing the general framework of the mechanism for coordinating and handling complaints.¹⁶ The national foreign investment complaint coordination and handling center will be established by the International Investment Promotion Agency to coordinate and handle foreign investment complaints with great national influence. Local governments at or above the county level shall, when necessary, set up local complaint coordination and handling agencies to accept complaints from their own regions and handle complaints referred to them by national foreign investment complaint coordination and handling agencies.¹⁷

In March 2019, the Foreign Investment Law was promulgated, becoming a fundamental law for promoting and protecting foreign investment. Article 26 of the Foreign Investment Law stipulates that the state shall establish the complaint mechanism for foreign-invested enterprises to deal with the problems

¹⁵ Ou Dajing, *A Study on the Complaint Mechanism of Foreign-invested Enterprises: The Application, Limitation and Improvement of Article 26 of the Foreign Investment Law*, 10 *Modern Management Science* 111 (2019).

¹⁶ Article 105 of the *Draft of Foreign Investment Law of the People's Republic of China of 2015*.

¹⁷ *Id.*, article 120.

reported by foreign enterprises in a timely manner. Foreign investors or enterprises may apply for coordination and settlement through the complaint mechanism for foreign-invested enterprises, or they may apply for administrative reconsideration and bring administrative litigation.¹⁸

Compared with the Draft Opinions, the Foreign Investment Law has deleted the detailed provisions on complaint handling institutions, responsibilities, principles, and other aspects of such dispute resolution. It only specified that there should be a complaint mechanism, but gave no specific provisions on how to establish this mechanism. The *Regulations on Optimizing the Business Environment*, which took effect on January 1, 2020, stipulates that governments at or above the county level and their relevant departments shall establish a complaint mechanism for foreign-invested enterprises, and the Ministry of Commerce shall, in conjunction with other relevant departments, establish an inter-ministerial joint conference system for complaints against foreign-invested enterprises to promote this work at a higher level.¹⁹

Although the *Regulations on Optimizing the Business Environment* emphasizes the need to improve the working rules for complaints, improve the complaint methods, clarify time limits, etc., these regulations still lack guiding principles and norms, and contain no clear provisions on how to operate the complaint mechanism for foreign-invested enterprises, how to define the member departments and composition of a joint conference, what decision-making procedures will be adopted by this joint conference, and how to connect and coordinate the complaint mechanism with the administrative review, administrative litigation, mediation, arbitration, and other systems. As well, the relevant regulations issued by various places, such as Guangdong, Shanghai, Dalian and Ningbo, have mostly taken the form of local government regulations, for example, the *Complaint Handling Service Measures of Guangdong Province on Foreign-Invested Enterprises of 2014*, the *Complaint Handling Measures of Shanghai Municipality on Foreign-Invested Enterprises of 2010*, the *Complaint Handling Measures of Dalian City on Foreign-Invested Enterprises of 2003*, the *Complaint Handling Measures of Ningbo City on Foreign-Invested Enterprises of 2004*, etc. These regulations, which are specific to the coordination and handling of foreign complaints, are at a lower level and are too general in principle. In practice, they are often unable to integrate the coordination and handling agencies and fully implement their role of guiding the coordination of foreign complaints.

3. *There Is a Lack of Legislative Guidance on the Connection of Diversified Dispute Resolution Procedures.* — *The Opinions of the Supreme People's Court*

¹⁸ Article 26 of the *Foreign Investment Law of the People's Republic of China of 2019*.

¹⁹ Article 29 of the *Regulations on Optimizing the Business Environment of 2020*.

of the PRC on the Establishment and Improvement of the Dispute Settlement Mechanism by Linking Litigation with Non-Litigation issued in 2009 and the Opinions of the Supreme People's Court of PRC on Further Deepening the Diversified Dispute Settlement Mechanism Reform of the People's Courts issued in 2016 are both national judicial policies. The former took commercial mediation, people's mediation, court mediation, and administrative mediation as the main forms of mediation, and commercial mediation as one of the main types of social 'great mediation', and created the judicial confirmation procedure for commercial mediation agreement; the latter has made a systematic and comprehensive summary of the regulatory documents concerning commercial mediation since 2009, and has continued to make breakthroughs in some reform measures for the mechanisms for litigation and mediation.

In 2016, the *Opinions of the Supreme People's Court of the PRC on Further Deepening the Reform of the Diversified Dispute Settlement Mechanism of People's Courts* further proposed the establishment of a 'one-stop' comprehensive dispute settlement service platform, which requires coordination with comprehensive administrative organizations, administrative organs, commercial mediation organizations, notary institutions, and other social organizations to ensure the implementation of the mediation agreement. Among the local legislation, the *Implementation Rules of the Shanghai Court on Judicial Confirmation Procedures of Civil Mediation Agreements* issued by the Shanghai High People's Court in 2016 further detailed the relevant practices of judicial confirmation procedures for mediation agreements within the jurisdiction of Shanghai. In addition, article 118 of the Draft Opinions also proposed that foreign investment disputes should be resolved through consultation, mediation, complaint, reconsideration, arbitration, or litigation in accordance with relevant laws and regulations.

At present, a number of problems in the connection of diversified dispute resolution methods still exist. First, there are no relevant laws and regulations for commercial mediation in China. In the process of using mediation and arbitration, as well as litigation and mediation, to solve disputes, there are no laws and regulations on how to start diversified dispute resolution procedures, how to link procedures, and how to guarantee the effectiveness of settlement results. In practice, disputes can only be solved by referring to the mediation rules of various mediation institutions and the arbitration rules stipulated by arbitration institutions. However, these mediation and arbitration rules differ from the legislation and their scope of application and effectiveness are far less than those of higher-ranking laws. Second, the existing dispute settlement clauses are not clear about the interrelationship, application order, and premise of various settlement methods. These clauses cannot be made operable merely by stipulating

the methods of negotiation, complaint, and mediation without mentioning their application order. Third, the legal scope applicable to dispute resolution is not clear. ‘In accordance with relevant laws and regulations’ and ‘linking with relevant departments’ are common expressions in China’s legislative documents.

B. The Inaccurate Positioning of Government Functions under the Complaint Mechanism

1. *Decentralized Institutions with Overlapping Functions.* — Decentralization and duplication of functions have become stumbling blocks to the development of a complaint mechanism. According to the provisions of the Foreign Investment Law, the new complaint handling mechanism for foreign investors constructed in China should first change the practice of multi-platform acceptance and cascading treatment.²⁰ The complaint coordination and handling organization for foreign companies should be a special platform for accepting such complaints. This would not only allow the smooth handling of complaints by foreign companies, but also assist the host country’s timely and effective handling of complaints. At present, China does not have a unified institution that accepts foreign business complaints, and the mechanisms in the provinces and cities are also not unified.

2. *Complaint Coordination Has no Substantive Power of Decision.* — The ‘letters and visits’ mode of handling complaints makes the foreign-related complaint mechanism useless. According to article 120 of the Draft Opinions, China’s foreign investment complaint institutions handle disputes using a ‘coordination’ method. Article 26 of the Foreign Investment Law also stipulates that the state shall establish a complaint mechanism for foreign investors to handle complaints in a timely way and improve relevant measures. However, after reviewing the provisions on the duties and power of the foreign complaint handling agencies in the Draft Opinions and the specific measures in the Interim Measures, it can be found that the ways foreign-related disputes are handled by the coordination and handling agencies in China amount to no more than forwarding, coordinating, supervising, inspecting, putting forward suggestions, asking for assistance,²¹ and other non-substantive practices. It can be said that the ‘coordination’ is achieved without really dealing with the problem. This kind of non-substantive handling method, in essence, performs a function of petition and transfer. It has no legal binding force and cannot effectively solve disputes. On the contrary, it is more likely to aggravate the contradictions between China and

²⁰ Song Xiaoyan, *Reform of China’s Foreign Investment System: From the ‘Three Laws’ on Foreign Investment to the ‘Foreign Investment Law’*, 4 *Journal of Shanghai University of International Finance and Economics* 12 (2019).

²¹ *The Interim Measures on Complaints against Foreign-Invested Enterprises of 2006* (Decree No. 2 of the Ministry of Commerce).

foreign countries.

3. *Backward Service Concept and Chaotic Process.* — A backward service concept and chaotic service process have limited the development speed of complaint mechanisms. Foreign-related legal disputes involve many fields and are highly professional. Foreign-related complaint cases often involve multiple countries, fields, and subjects. These cases require not only professional staff, but also open, inclusive, fair, and just service concepts. According to the author's survey of S province, there is a shortage of staff in foreign complaint handling institutions in the province. In addition to the lack of language communication skills, the staff are deficient in professional competence, industry knowledge, the concept of service, and policy analysis. Also, there is no complete, strict, and consistent procedure for handling foreign complaints, and no clear and ready-made rules for investigation, coordination, and case settlement. Foreign complaint coordination agencies are still in a relatively closed state and are not known to most organizations and enterprises. The agencies do not contact each other, and rarely communicate with each city to exchange case handling. Therefore, it is difficult to form linkage mechanisms in both vertical and horizontal aspects.

C. Insufficient Internationalization Level of Dispute Resolution in the International Market

1. *Lack of Administrative Remedies for Foreign-related Commercial Disputes.* — There is no channel of administrative remedy for ordinary foreign-related commercial disputes. At present, the functions of the three types of institutions dealing with foreign complaints are all defined as 'handling foreign investment complaints'. Therefore, there are no specialized institutions to deal with ordinary foreign trade complaints at either the national level or the provincial level, and there are no corresponding legal provisions. According to the author's investigation of the foreign investment complaint coordination organization in S province and communication with relevant departments of each organization, institutions in this province have handled fewer foreign-investment complaints each year and investment disputes have been on the decline. According to statistics from the Foreign Business Complaint Center in S province, there were only three investment disputes within the 150 foreign-related complaints handled by the center over the past five years, accounting for less than 2 percent. It has not been decided whether it is necessary to set up a special complaint organization for such small foreign-related trade disputes and assign corresponding functions to it.

2. The Supply of Alternative Dispute Resolution Mechanisms Is

Insufficient. — On the one hand, the arbitration system is out of step with international development. First, China's arbitration system has always adopted a dual-track system, which is applicable to the exclusion of temporary arbitration, that is, formal recognition is given to institutional arbitration and temporary arbitration from abroad, while recognition of domestic arbitration is only given to institutional arbitration according to the *Arbitration Law of the PRC*, which is not in line with the international trend. Second, China has not yet built a complete online arbitration platform. At present, there is still no specialized online arbitration service institution in China, and only a few arbitration institutions can provide online services. Third, the arbitration industry started late in China. Therefore, the professional quality of its arbitrators has not yet reached the international level, and the credibility of its arbitration has not been recognized by international commercial subjects.

On the other hand, international commercial mediation is still in its infancy. Compared with China's litigation and arbitration systems, its mediation system has been marginalized in a weak position. The mediation system is often not the first choice in terms of the resolution mode chosen by disputing parties. In terms of legislation, China has the *People's Mediation Law* and the *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law*, but there is no single law or judicial interpretation that deals specifically with commercial mediation, only two judicial guidance documents issued by the Supreme People's Court in 2009 and 2016.²² The 'one-stop' dispute settlement platform established by the International Commercial Tribunal of the Supreme People's Court emphasizes the need to give full play to the role of international commercial mediation institutions in international commercial mediation. Even so, there are still many problems with the system and mechanism of commercial mediation in China. Firstly, commercial mediation organizations fight alone without forming a joint force and each organization is relatively independent. Secondly, commercial mediation lacks professional talents, and the level of specialization and nationalization needs to be improved. Thirdly, various mediation rules are chaotic and lack the guarantee of the legal system. In addition, the credibility of Chinese mediation is not strong, and it lacks a foreign identity. There is still a long way to go in terms of its competitiveness, attractiveness, and credibility with internationally renowned mediation organizations such as the Singapore International Mediation Center (SIMC) and the UK's Centre for Effective Dispute Resolution (CDER).

²² See the *Opinions of the Supreme People's Court of PRC on the Establishment and Improvement of Dispute Settlement Mechanism by Linking Litigation with Non-litigation* issued in 2009 and the *Opinions of the Supreme People's Court of PRC on Further Deepening the Diversified Dispute Settlement Mechanism Reform of the People's Courts* issued in 2016.

III. EXPLORATION OF THE OPTIMAL PATH FOR MECHANISMS FOR COORDINATING AND HANDLING FOREIGN COMPLAINTS

A. Making Legislation in a Scientific Way and Refining Supporting Measures

1. *Legislation on Commercial Mediation.* — The legislation of commercial mediation is an inevitable trend for aligning China's diversified dispute settlement mechanism with the world. In China, mediation has always been regarded as an auxiliary means of litigation and arbitration in legislation. Mediation has had the role of alleviating the pressure of litigation and arbitration. Since there is no special law on commercial mediation, commercial mediation in China is generally non-normative. This kind of non-standardization even develops into arbitrariness, resulting in unfair commercial mediation results, which not only affect the settlement of specific disputes, but also affect the construction of China's business environment under the rule of law. In order to give full play to the role of commercial mediation in a diversified dispute settlement mechanism, China should first establish the equal legal status of commercial mediation, commercial arbitration, and transnational litigation, and establish the legal authority of commercial mediation. Therefore, legislation on the commercial mediation system must be put on the agenda as soon as possible. While maintaining the existing system of court mediation, people's mediation, and special mediation, it is also necessary for China to formulate a law which is applicable to international and domestic commercial dispute mediation to promote the specialization, internationalization, and institutionalization of commercial mediation.

2. *Promulgating the Implementation Rules of the Foreign Investment Law of the PRC as Soon as Possible and Refining the Implementation Plan.* — The promulgation of detailed laws and supporting programs is an effective measure to promote the implementation of legislation. As a special foreign investment code, the provisions of the Foreign Investment Law on the coordination of foreign complaints are still relatively general principles, and there is no corresponding specific implementation plan. In order to make this law more operable, it is necessary to formulate detailed rules for its implementation as soon as possible. Specifically, these rules should cover a number of aspects. Firstly, the publicity, interpretation, consultation, and promotion of relevant provisions of the Foreign Investment Law should be strengthened to enhance society's awareness of these laws and regulations. This would enable departments at all levels to accurately understand and grasp their core meaning and clarify the responsibilities of all

parties. Secondly, it is necessary to establish a legislative feedback mechanism to improve the pertinence and coordination of legislation by soliciting the needs and suggestions of foreign enterprises. Thirdly, legal provisions and policy measures should be further refined and supporting measures should be improved to ensure the effective implementation of laws, regulations, and relevant policies. In particular, complaint coordination should be connected with commercial mediation and arbitration procedures through the dispute resolution mechanism. Finally, the legislature should regularly evaluate laws and regulations and modify or repeal provisions or documents that are insufficient in rationality and legality in a timely manner.

*B. Strengthening the Functions of the Joint Government Conference:
Building a Unified Coordination and Handling Organization for
Foreign Business Complaints*

1. A Unified Body to Accept Complaints. — Optimizing the establishment of government institutions is the premise of strengthening government functions. In order to solve the problems of the decentralized institutions and fuzzy function positioning that exist in the foreign complaint handling platform, China should straighten out the functional division of government departments as soon as possible, combine this effort with the reform of local government institutions, actively and steadily implement a system of large departments, and optimize the establishment and function of government institutions.

According to article 29 of the Regulations for the Implementation, the State Council of the PRC and relevant departments shall establish an inter-ministerial joint conference system for foreign business complaints, coordinate and promote the complaint work at the central level, and guide or supervise local complaint work. At the local level, departments or agencies designated by the governments at or above the county level shall be established to coordinate and handle foreign business complaints. Therefore, at both the central level and the local level, multi-department joint construction of a foreign complaint mechanism has become a relatively feasible option at present. The promotion of the joint conference system at the local and even the central level will be conducive to the rapid integration of resources, the development of institutional advantages, and the formation of a joint force for dealing with foreign complaints.

2. Set up a Two-tiered Organizational Structure. — The design of a two-tiered organizational structure can guarantee impartiality and authority in complaint handling work. The Joint Conference Office, as a permanent body responsible for the organization, liaison, and coordination of the joint conference, is not only independent of complaint coordination organs such as the Foreign

Investment Complaint Center, the Foreign Investment Management Office, and the Association of Foreign-Invested Enterprises, but also can closely link the above-mentioned organs together to provide common solutions to complaint problems. Therefore, the author believes that an institution similar to the China Association for the Promotion of International Investment can be set up with an independent legal person status and a joint conference office. At the national level, this agency would be called the National Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints and would deal with foreign business complaints that have a significant impact on the country. At the local level, local governments could set up foreign complaint coordination organizations in line with local characteristics, needs, and realities.

A local organ would be responsible for accepting complaints from foreign businessmen or entrepreneurs within its jurisdiction and complaints transferred by the National Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints, and would accept the supervision of the National Center. At the provincial level, the organization would be called the Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints of XX Province, such as the Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints of S Province. The above agencies would ensure the cooperation and performance of the complaint coordination agencies by holding joint meetings and signing specific cooperation agreements. Moreover, the system would not be attached to any administrative organization, which would ensure that the complaint coordination centers at all levels would be truly independent and fair in their handling foreign complaints.

A two-tiered organizational structure for the establishment of foreign investment complaint handling institutions is inspired by the construction of foreign investment complaint coordination and handling institutions in China in the Draft Opinions, which set up such a two-level organizational structure. In the Draft Opinions, the first level is to set up a complaint center nationwide, called the National Foreign Investment Coordination and Handling Center; at the second level, the government at the grassroots level shall, within the scope permitted by law, set up institutions in accordance with local characteristics to handle foreign business complaints within its jurisdiction. The author thinks that this kind of structure is in line with China's actual national conditions. First, since China has a large population and complaints are distributed across various provinces and cities, the establishment of a handling agency at the national level would lead to excessive pressure on the agency, resulting in the accumulation of cases and thus affecting work efficiency. Second, if only local institutions were set up to accept complaints, there would be no guarantee of the authority of the complaint handling results, which would make it difficult for both parties to accept and abide by them. The results of complaints, especially major complaints, need to

be confirmed by a higher level of institution to ensure their authority and impartiality. At the same time, national handling agencies can play a guiding role for local handling agencies. They can solve foreign business complaint cases with great influence nationwide at the national level and provide coordination and guidance for difficult cases encountered by local complaint handling agencies.

Although article 123 of the Draft Opinions stipulates that the government at or above the county level should set up a coordination and handling organization for foreign business complaints according to the needs of the society, the author thinks that a specific definition should be made for the ‘county level’. Through empirical research on the foreign complaint cases in S province, the author believes that foreign business complaint handling institutions in China should only be set up at the central, provincial, and municipal levels, and these institutions should only be official institutions for the following reasons. Since foreign investors, foreign-invested enterprises, and ordinary foreign businessmen are the main subjects of complaints, and the objects of complaints include state administrative organs, state-owned enterprises, private enterprises, etc., such complaints are not only related to the development prospects of Chinese and foreign enterprises, but also represent national behavior, which is related to national reputation and national image. If the coordination organization is set at a lower level, this is not conducive to maintaining the authority of complaint coordination results. There are two reasons for defining such an institution as an official institution. First, investment complaints involve strong policies and represent the behavior of the state, while private institutions cannot represent the behavior of the state due to their own limitations. Second, non-governmental organizations may affect the fairness of complaint coordination and handling results because they expect to make a profit from the complaint handling process.

3. *Governments Need to Innovate Process Reengineering.* — First, the scope of foreign complaints must be clarified. At present, according to the provisions of the Interim Measures issued by the Ministry of Commerce of the PRC, most of China’s foreign-invested complaint handling institutions position their function as accepting complaints from foreign-invested enterprises and investors whose legitimate rights and interests are infringed upon by administrative acts. Based on an empirical analysis of relevant institutions, the reality is that investment disputes are decreasing and ordinary trade disputes are appearing in large numbers. In order to solve this situation, in which the functional scope of the complaint coordination and handling institutions is inconsistent with the reality, and there are no complaint channels for ordinary trade disputes, the author believes that the functional scope of the foreign complaint coordination center should be redefined and general trade complaints should be included in its scope of complaint acceptance, not only in the field of investment, but also in the field

of trade, to constantly improve China's business environment.

Of course, some scholars believe that such a broad scope for accepting cases would, on the one hand, increase the working pressure on the foreign complaint coordination organization and distract its attention from solving foreign investment disputes. On the other hand, it is not in line with the original intention of the establishment of foreign-invested complaint handling institutions for them to deal with ordinary trade disputes; the way in which such institutions are set up is not conducive to the division of labor and the connection of various modes of dispute resolution. The author believes that the establishment of unified complaint coordination and handling organization for foreign businesses through the joint conference mechanism could closely combine the complaint coordination organizations dealing with investment disputes with the organizations dealing with a large number of trade disputes in practice. The Joint Conference Office would separate investment complaints and general trade complaints. Those belonging to the category of investment would be handled by commercial departments or institutions, while those belonging to the category of general trade would be handled by institutions similar to the Foreign Business Complaint Center in S Province. This could not only conserve judicial resources effectively and reduce working pressure, but also improve the efficiency of dispute settlement through classified treatment. The establishment of this mode would not change the original intention of the complaint coordination organization, but would integrate and optimize its resources according to the current situation, so as to make the best use of existing resources to solve the actual new problems within the current context.

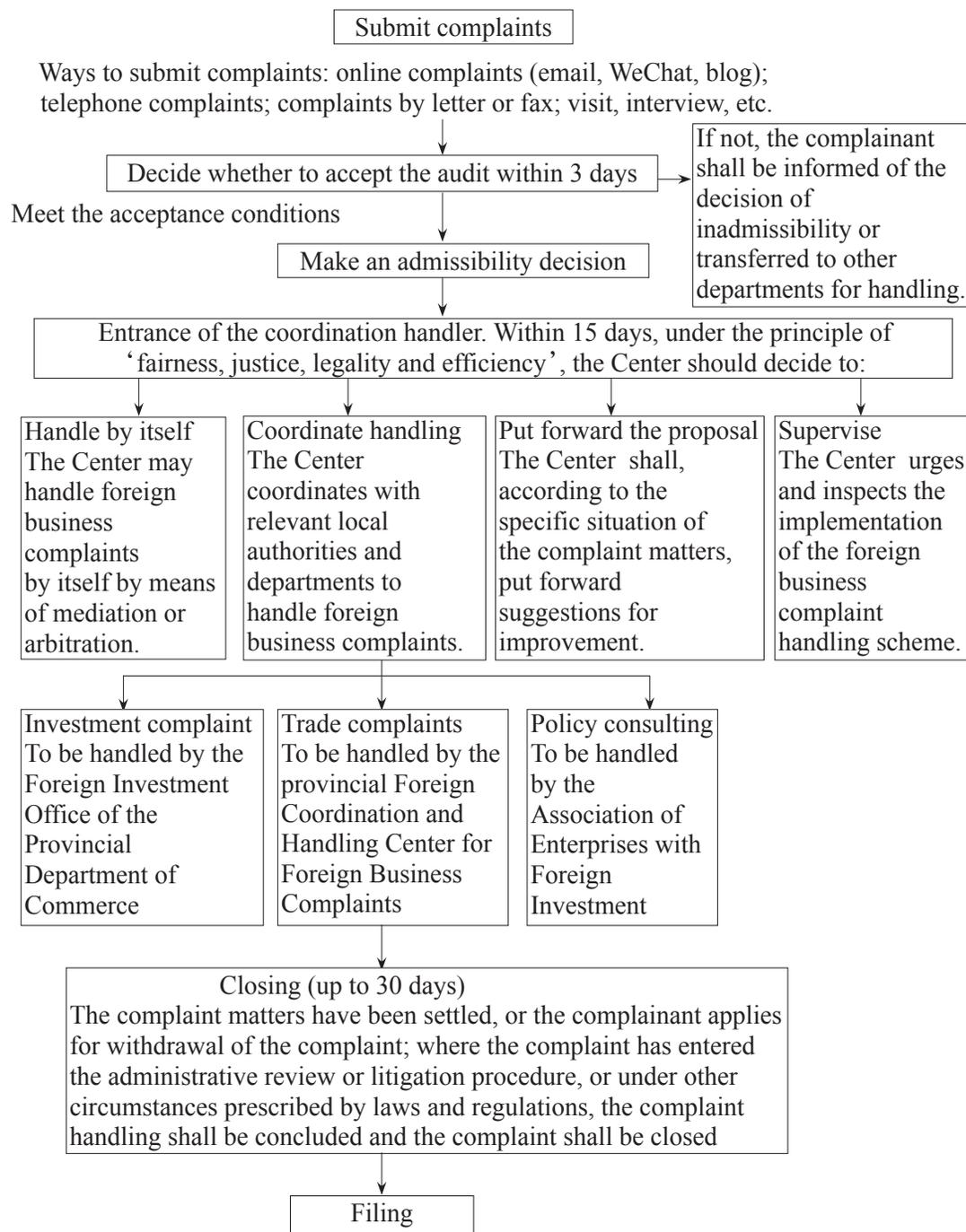
Second, we need to further standardize the workflow of the dispute resolution system. It is necessary to strengthen the management of the process through which foreign complaints are accepted, handled, and given feedback. As for the working process used by foreign complaint coordination and handling institutions, the author thinks that it should be divided into two parts: one would be the working process with which foreign complaint coordination and handling institutions at all levels deal with complaints separately; the other would be the process through which complaint coordination institutions at all levels cooperate with each other.

The Draft Opinions and the Foreign Investment Law have no provisions on the specific working process with which foreign complaint coordination and handling agencies deal with complaint cases. The author believes that this working process can be divided into four stages: filing a complaint, accepting a complaint, coordinating the handling of the complaint (including self-handling, submitting a request for coordination, putting forward suggestions, supervising and checking, etc.), and closing a case. Filing a complaint would be the first step,

which could be done online or offline at the convenience of the parties. For the process of accepting a complaint, we can draw lessons from the provisions of articles 8 and 9 of the Interim Measures on the acceptance conditions for a complaint and matters that should not be accepted, that is, the complaint must meet the qualifications of the main body, have a clear object of complaint, a complaint request, facts and reasons, relevant evidence materials, etc. The complaint accepting institution should not accept anonymous complaints, and those who have entered the judicial process or arbitration process, no matter what steps they have taken. Those who have been accepted by disciplinary inspection departments, supervisory departments, or complaint reporting departments should also no longer be accepted. Of course, they should also be analyzed on a case-by-case basis.²³ When a complaint accepting institution accepts a complaint, it should first conduct an examination of whether the entity that filed the complaint is a foreign investor or a foreign enterprise (including ordinary foreign businessmen), whether there is a complaint object, and whether the complaint conforms to the scope that the complaint accepting institution can handle. Secondly, if the complaint is within the scope of acceptance, the complaint accepting institution should make an acceptance decision on the spot. If the material is missing or evidence is missing and this can be corrected on the spot, the party concerned should be informed that it should supplement the relevant materials in a timely manner; if the material cannot be corrected on the spot, the time limit to do so should be three days. For those who do not conform to the scope of complaint acceptance, the accepting institution should inform the party on the spot and, ideally, tell them the organization or department that can solve their problem. Complaints that are in line with the accepted scope should be included in follow-up coordination and handling procedures. After fully analyzing, investigating, and discussing the complaint, the Foreign Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints might form coordination and handling opinions and submit them to the relevant departments, where they could be used to guide the smooth settlement of disputes. The author believes that, from the perspective of fairness, justice, and efficiency, it is reasonable to complete a case within 15 days for a general case and 30 days for a complicated case, and suggests that the results of the handling of the case be publicized to increase the transparency and recognition of the procedure. See Figure 1 for specific operations.

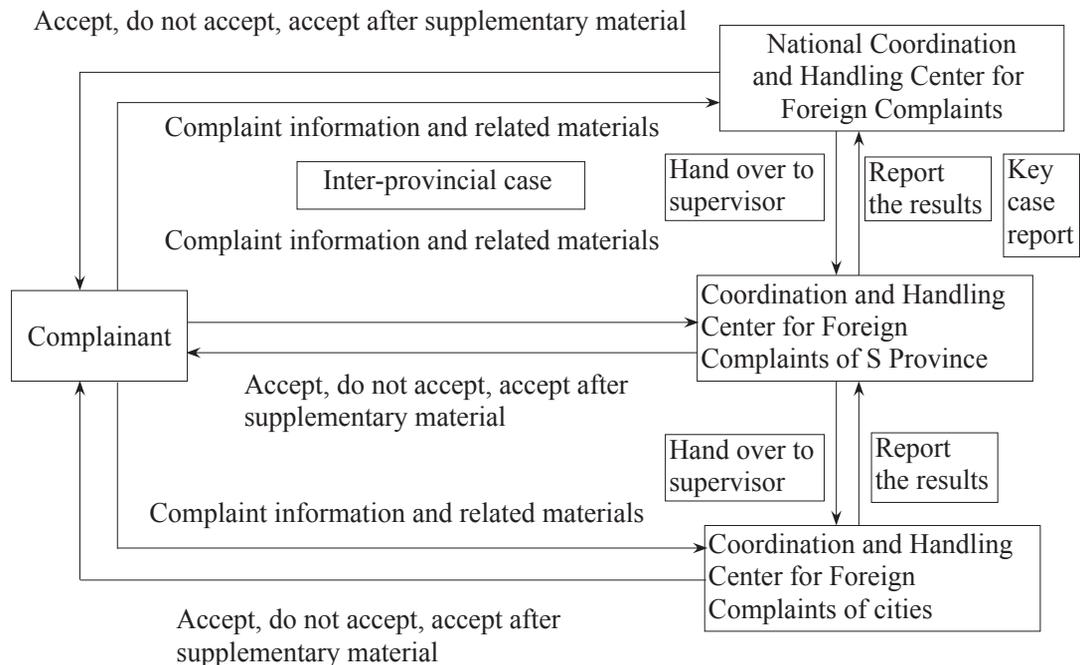
²³ See articles 8 and 9 of the *Interim Measures on Complaints of Foreign Invested Enterprises*. According to article 8, 'The complaint acceptance conditions: (i) there is a clear complaint object request and complaints; (ii) comply with the qualifications of subject of the complaint; (iii) have specific complaints facts, reasons and accompanied by the relevant evidence materials; (iv) fall within the scope of the measures the complained'. According to article 9, 'The following complaints shall not be accepted: (i) having entered or completed judicial, administrative review or arbitration procedures; (ii) those that have been accepted by such departments as discipline inspection, supervision and complaint reporting; (iii) the complaint has been accepted or is being accepted by the complaint accepting institution; (iv) anonymous complaints; (v) failing to meet other conditions for accepting complaints'.

Figure 1: Workflow Chart of the Coordination and Handling Center for Foreign Business Complaints of S Province



As for how complaint coordination agencies at all levels should cooperate, the author believes that there should be three levels of agencies: the national level, the provincial level, and the city level. In S province, as an example, the complainant might lodge a complaint with the municipal, provincial, or national foreign business complaint acceptance center. Generally speaking, according to the principle of dependency, if the complaint went directly to the national level, the National Coordination and Handling Center for Foreign Complaints could transfer the complaint to the province where it was located according to the dependency of the object of complaint. The National Coordination and Handling Center for Foreign Complaints could supervise and urge, track, and inspect the provincial institutions. If the complaint was directly filed at the provincial level, the provincial Coordination and Handling Center for Foreign Complaints might handle the complaint directly or, based on the principle of facilitation, transfer it to the corresponding local city to learn about the situation; and the relevant local city would report the handling results after field investigation. For major complaint cases, the provincial Coordination and Handling Center for Foreign Complaints might also report to the National Complaint Center for handling. See Figure 2 for details.

Figure 2: Flow Chart of Cooperation within the Coordination and Handling Center for Foreign Complaints at all levels



4. *Ensure the Substantive and Effective Handling of Complaints.* — An effective handling mode is the key factor to ensure the operation of the complaint mechanism. The validity of foreign complaint handling means the effectiveness of the opinions or conclusions made by foreign complaint handling institutions for resolving disputes through communication and coordination. Whether and to what extent the settlement result of a complaint dispute has validity is related to whether the settlement result has binding force on both parties of the dispute, so as to achieve its final settlement.

The author argues that, in the future, China should clarify the effectiveness of the results of complaint coordination and handling agencies for foreign businesses, distinguish different handling methods, and grant different effectiveness to different complaint accepting bodies. For example, in terms of self-handling, we can learn from the mode and effect of mediation and arbitration in dealing with disputes. In particular, the signing of the *Singapore Conciliation Convention* on August 7, 2019 made mediation enforceable and formed a three-way carriage of settlement of foreign-related legal disputes along with arbitration and litigation. Therefore, a mediation or arbitration committee can be attached to foreign complaint coordination and handling institution. When a dispute cannot be resolved in a soft way, the foreign complaint handling institution can be empowered to make a substantive decision to mediate or arbitrate the accepted complaint. This would promote the two parties' ability to reach a mediation agreement or allow the institution to make a final arbitration award, and thus achieve the real purpose of resolving the conflict. That is to say, the agreement signed by both parties after mediation by the complaint agency would have the effect of an administrative or commercial contract, and its binding force on both parties in the dispute would be ensured by judicial confirmation. The arbitration award made by the arbitration institution would be legally binding and enforceable as of the date of making it. The decision of handling methods, such as coordination, suggestion, supervision, and inspection, would not be legally binding on the ordinary parties in the complaint, but it would be legally binding on the government organs in the complaint, so as to guarantee the government organs would perform their duties and safeguard the legitimate rights and interests of foreign businesses.

*C. Establishing a Diversified Mechanism for
Resolving Foreign-Related Disputes that Integrates
Complaint Coordination, Litigation, Arbitration, and Mediation*

1. *Cultivation of Foreign-related Legal Talents.* — Foreign-oriented high-end legal talents are the inevitable requirement for the establishment of an

international and convenient foreign complaint mechanism. First of all, in terms of the Belt and Road construction in China, there are many countries along the route, involving more than 50 languages. Complicated languages have become an unavoidable problem for China in the establishment of a foreign-related dispute settlement mechanism. In view of the fact that most of the relevant WTO legal rules and international laws are based on the common law system, English as the common language for foreign-related dispute settlement mechanisms could realize the unification of economy and benefits, and promote the real internationalization of China's foreign-related dispute settlement. Secondly, in order to deal with increasingly complex commercial disputes in the international community, a single legal knowledge structure is no longer able to fully cope with the changing real world. The current situation demands that dispute handling staff not only have legal knowledge but also have an international perspective, and are able to tolerate different cultural traditions and respect diversified religious beliefs. Thirdly, in addition to being proficient in the relevant legal knowledge of the country where the business is conducted, these staff should also be proficient in interdisciplinary knowledge, that is, the combination of legal and extra-legal studies, including economics, architecture, transportation, and other disciplines related to people's lives. At the same time, it is also necessary for these staff to have a good command of the regulations of various departments, international legal provisions, and treaties, so as to avoid the huge legal risks brought to the complainant by the failure of dispute handling staff to systematically grasp relevant international rules and practices when disputes occur.

2. *Prioritization of Coordination Mechanism for Handling Foreign Complaints.* — From the perspective of dispute resolution, it is not most important whether the handling method can be independent, but rather how mediation, arbitration, litigation, and other procedures can be connected and combined so as to effectively resolve disputes. At present, the more feasible solution is to position the complaint handling mechanism as the procedure that supersedes other dispute resolution procedures, and inform the parties that they should deal with the problem in other ways if it cannot be solved through complaint coordination. For example, many financial institutions set up an internal complaint handling mechanism and regard the complaint mechanism as a pre-procedure for arbitration or litigation, so as to achieve the purpose of effectively diverting disputes. The reasons for putting forward the mechanism for coordinating and handling foreign complaints as such a pre-procedure are as follows. First, it can reduce the cost of resolving disputes to the lowest amount possible, and solving disputes by means of communication, coordination, and mediation can save judicial costs and time costs. Second, it can control the

adverse impact of the complaint at the source, and solve the contradictions between China and foreign countries by means of coordinated treatment. It can effectively prevent the expansion of the adverse impact and guarantee the construction of the business environment under the rule of law and the maintenance of the government's image in China. Third, it can effectively divert foreign-related disputes, reduce the case load of courts, arbitration courts, and independent commercial mediation institutions, and ensure the efficient operation of all dispute resolution platforms in China.

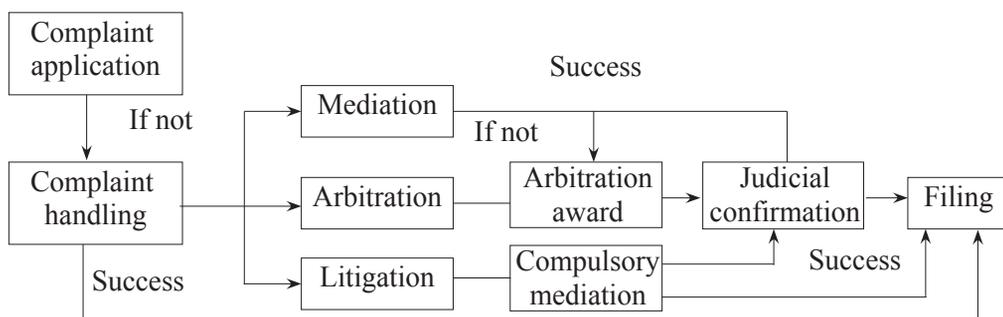
3. *Promotion of the Procedural Linkage between the Mechanism for Coordinating and Handling Foreign Complaints and the Administrative Review and Administrative Litigation Mechanism.* — The solution to administrative dispute complaints lies in the connection and coordination between the foreign business complaint coordination mechanism, the administrative litigation mechanism, and the administrative review mechanism. The author thinks that the following aspects of these relationships should be considered. Firstly, if an administrative dispute has entered or completed the administrative litigation and administrative review procedure, the foreign business complaint coordination and handling organization should not accept it; in the course of handling the complaint, if the parties concerned submit the dispute to administrative litigation or administrative reconsideration, the complaint handling procedure should be terminated. Secondly, in order to encourage the parties to choose complaint coordination and handling mechanism with lower cost, more convenience, and less social influence to solve investment disputes, the court should establish a pre-litigation notification system, that is, when the parties bring an administrative lawsuit to the court, they should be informed that they can choose to handle the case by the complaint coordination organization, and the different characteristics or legal consequences of the two handling methods should be explained to them. The notification of the court would not mandate how the parties should proceed, but would provide different means of dispute resolution for the parties' reference.²⁴ Finally, the judicial confirmation procedure of mediation, arbitration, and other settlement results should be standardized. The parties could apply to the court with jurisdiction to confirm the legal effect of the mediation agreement reached through the intervention of the foreign complaint coordination and handling agency. The court's decision confirming the validity of the mediation agreement would take legal effect upon delivery to both parties. If one party failed to perform the agreement, the other party could apply to the court for compulsory execution. If one party failed to comply with the arbitration award made by the arbitration institution, the other party could also apply to the court with jurisdiction for

²⁴ Xu Fang, *On the Construction of the New Complaint Coordination Mechanism for Foreign Investment in China, and on the Relevant Provisions of the Draft of Foreign Investment Law*, 2 Hebei Law Science 54 (2016).

compulsory execution in accordance with article 237 of the *Civil Procedure Law*.

4. *Establishment of a Diversified Dispute Resolution Mechanism Combining Complaint Coordination, Mediation, Arbitration, and Litigation.* — Given the current situation of the dispute resolution mechanism, the author thinks that a diversified dispute resolution mechanism combining complaint coordination, mediation, arbitration, and litigation procedures could be established based on foreign complaint coordination and handling organizations. For example, the foreign complaint coordination and handling agencies could be used as the foundation of such a mechanism, and then mediation agencies, arbitration agencies, local courts, and other law-related agencies could be added to build a complete alternative dispute resolution (ADR) platform of ‘complaint coordination- mediation- arbitration- litigation’ (as shown in Figure 3). If a complaint case could not be solved after communication and coordination, the parties could choose any other procedure, or switch freely between the procedures of mediation and arbitration, mediation and litigation, and litigation and mediation. In terms of the connection between mediation and arbitration, the author suggests that international commercial mediation should be prioritized. When parties agree to choose an arbitration procedure, they should first accept mediation administered by the arbitration institution or mediation conducted by a specialized institution before entering the arbitration procedure. In terms of the connection between mediation and prosecution, the author suggests that a compulsory mediation system should be established, especially for small-sum cases, and mediation should be set as the necessary procedure before litigation. In terms of the connection among mediation, arbitration, and litigation, the author suggests that the international commercial court should establish a seamless connection with independent commercial mediation and arbitration institutions. After a mediation agreement is reached through mediation or an arbitration award is made by an arbitration institution, the procedural and substantive effect of the mediation or arbitration should then be recognized by the international commercial court.

Figure 3: Flow Chart of ADR Platform



IV. CONCLUSION

The business environment is productivity. A world-class business environment requires legalization, internationalization, marketization, and facilitation. Therefore, a high-quality business environment must first have high-quality systems. While establishing and improving a series of legal systems to attract foreign investment, it is necessary to speed up the formulation of supporting implementation rules and policies. Taking the Interim Measures promulgated by the Ministry of Commerce of the PRC in 2006 as the main body of the system and combining it with the establishment of coordination organs such as the Foreign Business Complaint Centre and Associations of Foreign Invested Enterprises, China has actually established a basic version of the mechanism for coordinating and handling foreign complaints. It is not difficult to see that the core of its effectiveness lies not in the innovation of the macro system, but in the implementation of specific rules. Therefore, only by constantly improving the mechanism for coordinating and handling foreign complaints, refining the implementation plan of the Foreign Investment Law, and further strengthening the system's connection with international commercial mediation, arbitration, litigation, and other dispute settlement channels, can China make concerted efforts to reshape the pattern of its foreign business complaint handling mechanism in view of fostering a business environment under the rule of law.

(Revised by Robert D. Roderick)

法治营商环境下外商投诉协调处理机制的实践困境与出路

内容提要 外商投诉协调处理机制是多元化纠纷解决机制的应有内容和组成部分,也是进一步优化营商环境的必然要求。面对外商投诉机制存在的投诉受理机构分散、职能重叠、服务理念落后、纠纷解决国际化水平不足等问题,应从政府和市场两个层面,在科学立法、政府职能转变、多元化纠纷解决机制构建三个维度进行应对,通过建立统一的外商投诉协调处理机构,优化商事调解立法、细化《外资投资法》实施方案,保障投诉处理方式的效力等措施,构建投诉协调、调解、仲裁、诉讼相结合的多元化纠纷解决机制,真正发挥外商投诉机制在新时代的重要作用。

新媒体对中国公众法治认同的消解及其应对

张德森 高颖

摘要: 法治的本质决定了法治需要公众内心对其的真诚认同和实践中的自觉遵守。法治认同既可以视为法治的状态要求,又可视作公众对法治价值的内化过程。新媒体为公众法治认同提供了重要场域和载体。然而新媒体之于公众法治认同是一把双刃剑。由于现代法律复杂化形成的认知壁垒、新媒体社会责任的缺失以及公众的非理性等原因,新媒体在法治信息传播和法治价值引导中,消解了公众的法治认同,具体体现为公众法治认知的偏差、法治情感的绑架和法治共识的破裂,从而造成公众法治认同与法治发展错位的非正常现象。因此需要在尊重法治发展与新媒体传播的客观规律基础之上,从法律、新媒体以及公众三个层面形成应对新媒体对公众法治认同消解的路径,以利于公众通过新媒体重塑对法治的主观心理认知,强化公众法治认同。

关键词: 法治认同; 法治认同的消解; 法律复杂化; 新媒体责任; 公众理性

中图分类号: D63 文献标识码: A 文章编号: 1000—8691(2018)03—0026—08

从法律意识、法律信仰到法治思维、法治认同的语词变化,并非仅仅是概念的转换,而是中国法治实践需求转化下的法学认识转向,是对法治本质、中国法治路径的争鸣与反思。它标志着中国法治从建构理性向实践理性的转化,也标志着从国家中心向公民中心的转化。改革开放40年来,从社会主义法律体系建设到法治体系建设,从法治国家到法治政府、法治社会建设稳步推进,伴随司法改革中国司法体制也不断完善,全社会法治观念明显增强。然而与中国特色社会主义法治建设所取得的进步不相协调的是,新媒体下的法治热点事件似乎并未点燃公众对国家法治的完全尊重与认同,反而通过这些热点事件的发酵,使公众对国家法治陷入群体性的质疑与非议之中。这其中种种已超越传统意义下的法治内在建构视野,而需要在现代性的视野之下重新审视法治、公民与媒体三者之间关系,以求得法治效果与公众法治认同的统一。

一、法治认同的二维阐释

“认同”源自拉丁文 *idem*,其译作“相同”“同一”,最早在哲学领域是人类对于“我是谁”这一问题的思考。本质上“认同”是一个反思性的自我意识概念,其包含了自身统一性中的所有内部变化和多样性。^①弗洛伊德将“认同”定义为“个人与他人、群体或模仿人物在感情上、心理上的趋同过程,是对同一事物在内心深处基于感性和理性的了解分析,而形成的一种潜在的认可,接受以至于尊重、服从”^②。通过弗洛伊德的描述,可将认同分为以下几个层次:首先,认同表现为一个内部化的心理过程,即个体或群体对客体在心理上的趋同过程。其次,认同表现为主体为外部化的行为过程,主体通过外部接受、尊重、服从等行为表达趋同心理的过程。最后,认同表现为主体意识的建构过程,而非本能过程,即需要主体通过感性或理性加工分析,进而产生认同行为的心理基础。

基金项目: 本文是国家社会科学基金重点项目“地方立法质量评价机制与标准体系研究”(项目号: 17AFX001)的阶段性成果。

作者简介: 张德森,男,法学博士,中南财经政法大学教授,博士生导师,主要从事法理学、立法学、法治评估等研究。

高颖,女,中南财经政法大学法学院博士研究生,主要从事法理学、法治理论研究。

① 齐聚锋、叶仲耀《刑法认同漫谈》,《当代法学》2001年第11期。

② 车文博《弗洛伊德主义原理选辑》,沈阳:辽宁人民出版社,1998年,第67页。

在法学界,法治认同这一概念较早由李春明等学者在《当代中国的法治认同:意义、内容及形成机制》一文中提出。该文将法治认同定义为“公众对制定得良好的法律的普遍认可和接受,是公众通过实践经验和理性对法律进行评判,因法律顺应公众的价值期待、满足公众的需要,公众从而认可法律、尊重和信任法律、愿意服从法律的过程。”^①上述定义实际上将法治认同理解为主体公众(包括群体与个体)对客体法治的认同。一方面将法治认同作为一种状态描述,即法治被公众理解、认可、接受与尊重的理想状态。另一方面将法治认同作为一种过程描述,即是法治作为外部客体逐渐内化为主体即公众心理状态与行为的过程,是公众心理系统与法律系统相互沟通并形成结构耦合的过程。

(一) 法治客体视角下的状态描述

法治并非是国家暴力下的被动服从,亦不是建构理性下的价值规训,而是良法之治下的自觉自愿地对法治蕴含的认可、接受、赞同与信仰。正如卢梭在《社会契约论》的经典论断“一切法律之中最重要的法律,既不是刻在大理石上,也不是刻在铜表上,而是铭刻在公民的内心里。”^②法治认同即在此认识之下产生,而认同本身亦是法治的内在标准与理想状态。法治认同的状态描述与何为法治、何为良法存在高度重叠,法治认同既是良法之治的结果,同时又是对法治内在蕴含价值的要求。

从法治认同的客体即法治角度而言,法治认同包括对法治外在规范的认同与法治内在的价值认同两个层次。对法治外在规范的认同是法治认同的外在表现形式,即对法治最主要呈现载体——法律的认同。其主要解决的是在社会调整体系中何为根本的问题。法律认同表现为“通过法律的社会治理的认同,以及对人治等的否定,对法律形式合理性的认同,能够克服其他社会调整手段或者治理方式的不确定、随意性缺陷”^③。核心是公众对法律权威性和法律至上地位的认可,是公众对规则主义的信奉。中国于20世纪90年代提出的“依法治国”“依法行政”“普遍守法”等战略很大程度上即是为了打破人治、德治的治理传统与文化格局,对法治规范性、法律形式合理性的突显,是对中国法律认同的塑造。

对法治内在精神或价值的认同,是法治认同产

生的本质。哈贝马斯认为法律合法性(正当性)的依据源于公民的商谈理性下共识,这一公民共识正是公民自觉自愿服从法治的本质原因。法治运作的正当性来源于公众所达成的法治共识,这一共识正是公众民意的真实体现。公众服从、认可、信奉法治本质上是源于公众服从、认可与信奉公众自身的价值判断与意见表达。法治认同的价值内核对法治本身提出了要求,即要求法治本身必须来源于民意和公众的价值共识,也只有满足上述要求的法治才能让公众产生发自内心的真诚认同。十八届四中全会全面推进依法治国的报告中指出“法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。人民权益需要法律保障,法律权威要靠人民维护。必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民,以保障人民根本权益为出发点和落脚点,保证人民依法享有广泛的权利和自由、承担应尽的义务,维护社会公平正义,促进共同富裕。”^④这正是国家对法治核心与内在价值的认识与判断。

(二) 公众主体视角下的过程描述

法治认同另一视角下的描述,即法治从外部逐渐内化为主体心理与自觉行为的过程。在这一过程中,公众心理外部的法律信息为公众所捕获、感知,并通过结合自身经验的联想与加工形成对法治的感情、评价,进而在法治心理的支撑下表达观点、实施行为的过程。这是一个由外到内、再由内到外的过程,也是法治本身进入主体心理世界,客体的主体化过程。依据主体心理生成机制,可将公众法治认同形成分为法治认知的获取、法治情感的产生、法治行为的践行三个阶段。

法治认知是法治认同形成的前提和基础。法治认知正确与否直接决定了法治认同的发生。法治认知是公众通过一系列的心理阶段和过程对外部输入的涉法信息进行内部加工并输出的过程,^⑤是“对法治的内容、形式、运行、法律的性质作用等法律事实以及法与其他社会现象的区别和联系的感知和认识”^⑥。法治认知并非是单向的信息输入过程,而是主体主动调动内部信息资源对涉法信息在理解的基础上获得的整体性认识。因此,不同的学习经历、职业背景、生活经验刺激会使主体对于同样的涉法信息产生不同的认知结果,而认知的结

① 李春明、张玉梅《当代中国的法治认同:意义、内容及形成机制》,《山东大学学报(哲社版)》2007年第5期。

② [法]卢梭《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,2003年,第73页。

③ [德]韦伯《法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社,2005年,第316页。

④ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014年10月29日,第1版。

⑤ 叶立周《当代中国法律接受研究》,博士学位论文,吉林大学,2008年,第45页。

⑥ [美]博登海默《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,北京:华夏出版社,1987年,第76页。

果又将作为主体的内部信息成为理解新的涉法信息的前提基础。整个法治认知过程是主体对法治轮廓描述的过程,是法治从群体共识这一价值走向个体心理世界的前提基础。正如卢曼所述,作为现代社会中的人需要尽可能多地理解社会系统结构与运作方式,以便心理系统与社会各个子系统形成结构上的耦合。^①

法治情感的产生是公众法治认同形成的重要环节和阶段。法治情感是公众法治认同形成在社会实践中基于法治与个体需要之间的互动联系而逐渐形成的,比较稳定、持久和深刻的主观体验形式。^②不同于法治认知的客观性,法治情感是认知基础之上的价值体现,其更加突显了主体能动性、与理性。法治情感本质上是主体的价值权衡与动机的选择,是主体在面对复杂且变换的外部世界时,不断地寻找一个能与个体的个性相一致的新价值体系。这一过程中必然包含着个体对法治的评价,即对法治局部或整体与其个人需求、个体价值是否一致的判断。对法治的评价虽然与个体的生理基础、潜意识、人格、知识系统、社会规范意识以及价值观念等个体因素相关,但其根源于个体对于法治价值一致性与否的判断。这种一致性判断本质上源于法治认同内在价值的一致性,形式上来源于法治认知与个体经验、理性的统一。公众法治情感直接影响着法治认同的程度,积极正面的情感必然伴随正面、肯定的评价进而促进法治认同;消极负面情感将会阻碍公众法治认同的形成。

法治行为是公众法治认同形成过程中的实践性的一个环节,其将公众法治认同从心理状态引向了实践行为,完成了法治认同的形成过程。如果法治认同仅停留在公众内在心理世界,那么法治认知、法治情感将毫无意义,法治本身也无从建构。在法治认知基础之上的法治情感必然支配主体外在行为,或通过语言行为表达支持与不满,或通过肢体行为守法或违法。这一由法治情感支配下产生的外在行为就是法治行为,是主体在内心深处接受法治的外在规范与内在价值并依照其行动。其不仅包含了那些影响法律关系生成的法律行为,还包括了那些非正式的、体现了主体潜在法治情感的生活行为与评价;不仅包括了对法律的遵守与期

待,还包括了对法律正当性前提的认识与评价。一国全体公众的法治行为即构成了国家范围内法治的外在实施状态。

二、新媒体对公众法治认同的消解

不同于传统媒体,伴随着互联网、数字技术、移动通信等虚拟信息技术发展而兴起的新媒体具有脱域性、匿名性、及时性、互动性以及虚拟性等特质,全面深入地影响和塑造了社会公众的日常生活和思维方式,并成为社会公众对法治进行共同想象的中介。正如道格拉斯·凯尔纳所描述“媒介文化提供了产生意义、愉悦和认同性的资源,但也塑造和形成了特定的认同性。”^③新媒体在型塑价值的同时亦传导了价值,不仅承担了传统媒体中共识达成与批判的功能,还取代传统教育、纸媒而成为信息传导、情感与行为交互的最主要平台。新媒体对于社会性的传播系统构建的最大改变是将传统的以机构为基本单位的社会性传播改变为以个人为基本单位的社会性传播,并持续改变着整个社会的资源配置方式与权力结构。

新媒体时代下,大众获得前所未有的话语权,知识精英阶层对于真相和真理的垄断被打破,互联网时代带给精英的焦虑和惶惑,如同印刷术在中世纪后期开启的知识平民化的普及时代——印刷术终结了贵族和僧侣对知识、教育的垄断,平民百姓开始拥有越来越多的教育资源,知识迅速普及,宗教革命、思想革命和政治革命随之发生。^④互联网、手机、微博和微信等为主要代表的新媒体已成为中国社会公众法治认同的重要载体和场域,成为公众获取和认知法治信息和法治知识、表达法治情感并对法治进行评价的最重要场域;同时培育和塑造了社会公众的法治思维和权利意识。在理想状态下,社会公众、法律职业人、媒体人以及公权力代表等汇聚在此通过广泛而自由的商谈和沟通互动,形成对法治的理性认知和共识。

然而,新媒体之于公众法治认同是一把双刃剑。在法治建设实践中,由于新媒体运作及其传播特有的规律以及中国公众自身现代公民理性精神的不足等诸多现实因素的制约,传统传媒环境下中

① [德]尼克拉斯·鲁曼《生态沟通——现代社会能应付生态危害吗?》,冯志伟、鲁贵显译,台北:桂冠图书股份有限公司,2001年,第143页。

② 叶立周《当代中国法律接受研究》,第58页。

③ [美]道格拉斯·凯尔纳《媒介文化:介于现代与后现代之间的文化研究、认同性与政治》,丁宁译,北京:商务印书馆,2004年,第211页。

④ 喻国明《对自媒体传播规律说得最透的一篇文章》, https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5NzA5MzA3NQ==&mid=208804091&idx=3&sn=f78ccc03013c2ab09bbb6971c9543c60#rd。

国法治认同存在的问题和困境被放大和加剧。新媒体通过作用于公众法治认同形成的心理机制,消解了公众的法治认同,具体体现为公众法治认知的偏差、公众法治情感的绑架以及公众法治共识的破裂。新媒体通过对公众法治认同形成心理机制的影响,最终消解了公众的法治认同,从而诱发了社会公众法治认同危机,阻碍了中国法治建设的健康发展。

(一) 信息冗余加剧法治认知的偏差

新媒体较之传统媒体最大的特征就是脱域性与交互性,每个人既是信息接收者同时又是信息生产者。不同于传统媒体信息的专业化、精英化,新媒体信息更为零散与多元,必然导致信息量的几何级增长,同质化、低质化信息过多且难以过滤,如此信息冗余便形成。^①传统法学理论关于法治认知研究基本都以完全理性为潜在预设,并假定一系列标准的现代法律制度的合理性与实效性必然能够为公众所直接认知。^②然而事实上并非如此,绝大多数公众从未直接参与过诉讼,缺乏真实的法律体验,往往需要通过他人的描述来捕获涉法信息。这意味着在新媒体时代下公众的法治认知很大程度上需要建立在源于新媒体之中的二手信息。一方面,信息冗余导致专业、高质量的优质涉法信息难以突显,大幅提升公民获得优质涉法信息的时间成本,主体不愿投入更多时间成本而更倾向凭借自身的想象去还原涉法信息全貌;另一方面,在有限的时间下,主体所获得涉法信息多为同质化、模糊化的、片段化的信息,为想象提供了更多的空间。新媒体使得涉法信息的捕获、法治认知的形成变得简单,但由于其远远超越了原初的经验基础,因此这种认知也潜藏了很高的失真风险,错误也就在所难免,那么必然产生法治认知上的偏差。而新媒体交互性形成的基础性信任关系的网络结构,如某种亲密群体、某种组织、网络论坛,则更加强了主体对所捕获涉法信息质量及体系化程度的坚信不疑,使其即便陷入法治认知的偏差却仍不自知。如于欢案,一审判决后数十位刑法学专家在新媒体上发声,观点也趋于一致。^③然而,法律专业性的评论却被大量“辱母”“权力腐败”“警察不作为”等标签化、低质化话题评论所淹没,公众几乎无法获得法律专业化的案件解读,而愈发倾向于道德化的想象,公众法治认知偏差进而得以形成。而法治认知

是公众法治认同形成的前提和基础,因此新媒体中的冗余信息造成的公众法治认知的偏差直接消解了公众法治认同,从而引发公众法治认同危机。

(二) “抽象的愤怒”对法治情感的绑架

新媒体时代下精英化、代表制的权威议事形式逐渐被广场杂言化、开放化的普通大众公众参与形式所瓦解。人人通过新媒体“麦克风”围观和大众点评法治热点案件,并提出鱼龙混杂的意见、质疑、法治诉求与主张。在信息冗余的信息场域里,加之法律专业化带来的信息理解壁垒,公众对法律及其法律的运行状况高度无知,因此公众对于法治的先验情感态度就决定了人们对法律的基本态度。这种先验的情感态度并非凭空而来,而是源于特定抽象背景。

这一抽象背景形成是新媒体长期以来关于立法、执法、司法问题的报道,形成于民众之间基于报道的“分享”与评论。但是受限于媒体的传播规律,新媒体对于法治信息的呈现必然以热点、关注、流量为第一考量因素,那么对于涉法信息内容的筛选有着负面化、标签化与通俗化的倾向。因此这种抽象背景下充斥的是司法体制中各种制度问题、口耳相传的群体性事件、冤假错案。这其中暗含着公众的集体想象、敏感情绪、偏执心理和暴戾情绪,经过个案负面报道的冲击和激化,形成一种“抽象的愤怒”。^④这种“抽象的愤怒”的情绪不再考虑法治案件个案的经验与事实的差距,形成自己稳定的法治情感形成机制,以消除信息匮乏而带来的认知恐慌。在“抽象的愤怒”支配下,公众不再以法治认知为基础形成新的法治情感,而是在既有的经验泛化逻辑之下,选择性地接受符合“愤怒”描述的信息内容,对法治进行非理性的评价并无限放大法治过程中的不足。以于欢案为例,“辱母”本是行为动机与权利指向的客观描述,新闻报道中立性本无可厚非。但“辱母”置于“抽象愤怒”的情景之中时,司法裁判论证错误就被转化为对司法不公的质问,甚至对法治中“良法”的质问,而二审的纠错功能则转化为舆论压力、权力运作等非正向评价。“抽象的愤怒”不仅阻断了新的法治认知的产生,同时阻断了正向法治情感形成的可能性,从而消解了公众的法治认同。

(三) 群体极化阻碍公众法治共识的形成

公众法治共识主要表现为对法治价值的共识。

① 林渊渊《互联网的信息冗余现象》,《网络时代》2004年第5期。

② 伍德志《谣言、法律信任危机与认知逻辑》,《法学评论》2015年第5期。

③ 山东省聊城于欢刺死辱母者案一审判决后,引发社会极大关注,法学界20多位专家学者以各种方式对此案发表评论和意见。专家一致认为于欢案定罪量刑明显不公,一审判决混淆了特殊防卫与一般防卫的构成要件,于欢刺死辱母者行为应定性为防卫过当。

④ 于建嵘《有一种“抽象愤怒”》,《南风窗》2009年第18期。

如前所述,法治认同本质上是公众对法治内在价值的同一性认识,即法治体现了公众的价值共识。新媒体的交互式、脱域性、匿名性、平等性的特征有利于多元价值共识的形成,进而通过平等、真诚的沟通形成“重叠共识”促进法治认同的达成。然而,新媒体呈现的群体极化规律却一定程度上阻碍法治价值共识的形成。现代社会心理学确证了群体的观点和态度比个体更趋向极端化。新媒体环境下的社会互动过程,将导致以不同心理群体或舆论群体形式存在的社会公众的意见更加极化。新媒体技术下使得个性化、定制化的信息成为可能,公众会采用选择性的信息捕获策略获得涉法信息。如此便形成“保守分子只访问保守分子的网站;自由派的人则访问自由派的网站”的“回音壁效应”。在回音壁之中,公众通过选择性机制重复接收同质性内容,反复强化原有立场,对社会议题的理解越来越钻牛角尖,最终其观点不断走向极化。^①高度极化的群体法治价值判断使得不同群体的各种声音之间进行沟通可能性极小,持不同法治价值观的公众不可能也不愿意倾听反对的理由甚至中立的评价。随着时间的推移和群体间互动的持续,群体极化下形成的群体法治价值将远超基于生活常识而形成的法治价值判断,推向一种始料不及的境地。在文化、价值和利益多元的背景下,新媒体引发的群体极化效应将现实中的公众法治价值冲突进一步放大,社会公众对于法治价值冲突解决和平衡的标准并无法通过公众舆论空间下理想协商民主的方式形成共识。这种群体极化趋势不仅阻碍了多元法治共识形成重叠共识,更阻碍了多元法治共识本身的形成。那么基于法治价值共识之上的法治认同则被新媒体中群体极化现象所消解。

三、新媒体对公众法治认同消解的原因分析

一般认为,新媒体对法治认同的消解是新媒体对法治自治与法治权威的消极影响,以及新媒体与法治之间的冲突。但与其说是两者的冲突,倒不如说是两者合力造成了新媒体对公众法治认同的消解。这种消解很大程度上是新媒体传播规律与法治发展规律之间冲突矛盾在社会公众的心理层面形成的表征。在这种冲突之下,即便中国法治运行良好,实现了十八届四中全会以及十九大所期望的科学立法、严格执法、公正司法,也会由于新媒体自身传播规律的影响而阻碍社会公众法治认同的形成。具体而言有以下几方面的深层次原因造成新

媒体对公众法治认同的消解:

(一) 现代法律复杂化形成的认知壁垒

法社会学家尼克拉斯·卢曼认为,现代社会生活的急速发展与多元化呈现导致法律必须不断通过与环境间结构耦合实现自身结构的复杂化以化约环境的复杂性,以期实现规范性预期的稳定功能。这种自身结构封闭性与复杂性在静态层面上表现为部门法的区分,在动态上表现为立法、司法的区隔,每个部分系统又进一步区分,形成一个高度复杂、专业、相对封闭的自治空间。^②这种高度复杂化、专业化的结构形成了一种认知壁垒,使得法律专业领域基本是私属于掌握系统法律知识的法律职业人和法律精英,甚至不同部门法研究者对其他部门法领域的基础性知识都不了解。那么社会公众对于专业化、复杂化的法律系统时则显得更为无知,不仅无法理解法律所传达出的预期信息,甚至不知如何守法。

伴随法律系统的复杂化趋势,对于涉法信息的认知成本将越来越高,最终会形成登斯所谓的“脱域机制”与“抽象体系”,其依赖于“公众对无法验证的抽象能力而非可验证的具体个人品质的信任”^③。此时,对于法治的认知已经脱离了面对面互动的层次,甚至即便面对面公众也会变得手足无措。如同“火车不是机动车”一案中简单的工伤认定纠纷所牵连出复杂的法律逻辑关系与专业的法律解释完全超出了当事人认知能力。这决定了公众面对一手的原始法律信息,如法律文本、司法判决书,虽然信息捕获成本极低,但信息内化成本巨大,其只得通过二次加工的“二手信息”建立起法治认知。而新媒体则是现代社会法治“二手信息”的最主要载体,但受限于新媒体自身的特征,真实有效的“二手信息”被海量信息所淹没,那些迎合“抽象愤怒”的虚假“二手信息”却经过新媒体的自身传播规律影响后刻意呈现给公众,不仅降低了公众的信息捕获成本,更降低了信息内化成本。

可以说,新媒体在效果层面上加剧了法律复杂化本已形成的认知壁垒,一方面拉大了普通社会公众认知真实客观法治的距离,另外一方面造就了法律职业者与社会公众之间的法治认知鸿沟。公众无法从自身具有的道德文化直觉对高度抽象和专业的法治做出客观理性的认知和评价,只能从偏激网络舆论传播中的热点法治案件、冤假错案以及司法腐败等标志性案件中认知和评价法治,从而进一步促进了公众对法治认知的偏差和法治情感与评

① 夏倩芳、原永涛《从群体极化到公众极化——极化研究的进路与转向》,《新闻与传播研究》2017年第6期。

② 杜寅《环境法律体系的形式理性审视》,博士学位论文,武汉大学,2016年,第65页。

③ [英]安东尼·吉登斯《现代性的后果》,田禾译,南京:译林出版社,2000年,第19页。

价的偏见,阻碍了全社会主体法治共识的凝聚,加剧了新媒体对公众法治认同的消解。

(二) 责任缺失对新媒体负面效应的放大

新媒体作为传播技术本质上属于价值中立,无论是信息冗余、抽象的情感背景还是群体极化实质上均是中立的新媒体传播规律的必然结果。前述各类新媒体对法治认同的消解毋宁说是的人的非理性因素、甚至某些人的蓄意破坏被中立的新媒体技术所放大和延伸而呈现的各类图景。“媒介是人的延伸”^①,新媒体在对人的传播能力进行延伸的同时,也必然要求将人的责任同样延伸于新媒体环境。责任是对新媒体开放性特质和有序发展的根本保护,否则单边成长的能力最终只能演化成一种不受限的暴力,从而解构新媒体平台的开放性与公共性。^②

然而,一方面媒体的社会责任被媒体的商业性所侵蚀。“关注为中心”“流量为王”的商业环境下,为追求经济效益的最大化,新媒体倾向于不顾行业规则与社会责任滥用自由报道权力去刻意迎合“抽象愤怒”的群体感情氛围,甚至有意歪曲涉法信息焦点引发认知偏差。新媒体经济盛宴的狂欢下是社会主流价值观和媒体信任的沉寂。另一方面中国媒体责任相关立法阙如,媒体刚性的法律责任不足。中国尚未制定专门、系统的新闻法,仅零散颁布了部互联网信息规制行政法规、部门规章,内容主要集中在技术安全、信息内容安全、版权保护三个方面,尚未对新媒体的法律义务内容、边界与效力形成规范性的制度体系。

责任缺失下,公众作为信息的传播点对虚假信息传播所支付的成本几乎为零,“三人成虎”“众口铍金”使得虚假信息在不断的重复中实现自我证明,人们对虚假信息的每次传播都成为以自身信誉度为谣言背书,从而进一步降低了人们对虚假信息的质疑。如此,过往一时一地的涉法谣言(虚假信息)如今经由新媒体中介瞬间形成巨大的影响力。伴随虚假信息传播,公众的群体心理亦发生转移,其情绪不再受到节制,强调对责任的转移,从而回避理性和责任,又进一步放大了群体极化出现的可能性。

(三) 公众理性精神的阙如

当代中国公众理性精神的匮乏阻碍了法治与媒体双向规律的沟通,制约了法治认同的形成与提高。在此所强调的理性并非哈贝马斯理论中的公民理性,^③而是源于近代文艺复兴经验主义哲学下

的理性。即人的感性、知性、推理、判断、选择的综合思维能力,确信和崇尚人类合乎逻辑的推理能力和在此基础上分析、解决各种问题的能力,一种明智的认识问题的态度,大体包括逻辑思维、整体思维、独立价值、求真求规律、承认理性有限等几个方面。伴随新媒体冗余信息的爆炸与法律系统复杂化而形成的信息壁垒,公众必须保持理性才能够防止过量信息对自主认知能力的泯灭,才能保持独立价值判断而不被抽象的群体极化情感所左右,才能够促使心理系统与法律系统进行双向沟通从而真正理解法治的价值内涵。

但由于受中国传统文化与教育模式影响,社会公众思维体系中认识论与方法论高度混同,价值判断优于逻辑判断,以致于个体缺少独立的思维能力,更缺少价值中立的批判态度。这一点突出地表现为情绪化的激进情怀与道德化的理想诉求。^④中国新媒体公共舆论中所承载的法治需求在关照民主法治进程的主流精神的同时,往往伴随着群情激昂的情绪化言辞和激情情怀,其中所夹杂着非理性的直觉判断,甚至包括“民粹”主义的倾向,缺少公众应有的理性。同时,法治建设中规则主义、法律至上精神尚未深入人心,传统文化中道德理想主义和阶级情感重新泛起,媒体信息中充斥着太多“价值判断性”的“身份识别”“道德叙事”和改革期盼。其虽然是对当下中国社会问题的自然回应与反思质疑,但过多的道德化理想,暴露出的是理性公民精神的缺失,不仅不利于个案的解决也无助于群体法治认同的生成。^⑤

四、新媒体对公众法治认同的重塑路径

针对上述原因,除了传统法治意义上科学民主立法、严格执法、公正司法以完善良法善治外,在尊重法治发展与新媒体传播的客观规律的基础之上,本文从法律层面、新媒体层面和公众层面论证了应对新媒体对公众法治认同消解的路径,从而以利于公众通过新媒体重塑对法治的主观心理认识,强化公众法治认同。

(一) 法律专业化的缓解:法律通俗化子系统的生成

如果公众不能充分理解法律,那么现代意义上的法律与古代任由统治阶级操纵的“黑箱”法律并

① [加]马歇尔·麦克卢汉《理解媒介:论人的延伸》,何道宽译,南京:译林出版社,2011年,第160页。

② 俞虹、顾晓燕《新媒体:传播能力与媒介责任的延伸》,《现代传播》2012年第5期。

③ 对公民身份、国家与个体关系的认知能力和对公共事务的价值判断,包括公共观念、法制观念、责任伦理、义务感、志愿意识、自律性等内容。

④ 马长山《公共领域兴起与法治变革》,北京:人民出版社,2016年,第174页。

⑤ 马长山《公共领域兴起与法治变革》,第174页。

无二致。如此法治本身的价值将会被法律专业化所蚕食,进而沦为法律从业者的“水晶球”。伴随法律系统专业化的另一趋势应是法律通俗化子系统的生成。即在保证法律系统形式逻辑、自我循环指涉的同时,需要生成专门的法律子系统以缓解由此带来的信息壁垒。事实上,中国现代普法活动很大程度上承担了法律专业化壁垒缓解的功能。但仅仅有普法活动是不充分的,法律的通俗化子系统应是全方位贯穿于立法文本、司法审判与执法活动过程中体系化的专业活动,便于公众以更低的信息成本、时间成本理解专业化的涉法信息,类似于桑斯坦所提出的政府信息公开的“简化”。^①

按照法治认知的信息来源,可将法律通俗化子系统分为“一手信息”的通俗化与“二手信息”的通俗化。所谓“一手信息”是指由权力机关或者法定机构对法律进行的解读与释义,包括权力机关进行的立法说明与修改说明、权威机构出版的法律释义、行政机关发布的执法与守法指南、判决书等。而通俗化是指在尊重文件规范性与准确性的基础之上,将文本对象定位于普通公众,重视行文内容的陈情与说理,形式上尽量以公众可理解的语言予以表达。

“二手信息”是指法律职业者基于专业背景对涉法信息的解读与说明,包括时事评论、案件点评、法律解答等。“二手信息”的通俗化是要促使法律职业身份向媒体身份的转化,让法律职业的共同体进入新媒体承担舆论引导之责,承担起法治再启蒙的责任与使命。需要强调的是,法学研究者应当勇于走出象牙塔充分利用专业优势成为媒体空间中的意见领袖,诚恳地、诚实地把法治常识和法治的本相真实而全面地传播给社会各个层面,构造出一种社会公众依其直觉和经验即能理解的法治知识传播语境,力求把法治的基本知识转化为社会公众的一般性思维,消除网络公众对法治过度理想化甚至虚幻化的认知,促进公众理性认知和评价法治。^②例如,2017年9月颁布的《浙江大学优秀网络文化成果认定实施办法(试行)》将是否“形成重大网络传播”作为成果鉴定必要标准。这决定了上述重大成果功能并不在于专业创新,而在构建公众理性认知基础,通过通俗化的权威评论消解新媒体传播的负面影响。

(二) 新媒体的法治化: 新媒体人的法律化与新媒体责任的规范化

新媒体时代背景下自媒体虽然占据绝对的数量优势,但对于热点时事、突发事件一线报道与专业点评仍离不开立基于传统媒体的职业媒体人。

媒体人是否具有较之普通公众更为专业的法律素养决定了其所加工传播信息的想象空间与敏感性。2017年4月19日河南法制报一篇名为《采了3株“野草”男子获刑3年》的案件报道引发公众舆论对当地法院与司法裁判的强烈质疑。标题中“野草”遮蔽了“蕙兰”作为国家重点保护植物的特殊地位,报道内容中用“无意间”“顺手”等词汇遮蔽了被告人非法采伐国家重点保护植物罪的主观罪过与恶性。显然作为官方法律媒体其出发点必然是期望通过案件报道向公众传播正向法治信息,而非刻意引发负向舆论。造成这一后果的直接原因,从学理角度看可能是报道者对刑法学中犯罪构成四要件基础理论的缺失。法律专业媒体尚且如此,其他行业新媒体的法律素养可想而知。其他主流媒体在对“采草案”的关注转发中,又将“河南”“农民”“顺手”“竟然”等标签词汇标题化,将情感评价与司法裁判截然对立起来,而这一切均始于媒体法律专业性的不足。法律专业性的补强并非增加法律专家的采访或者专家评论,而应是每个涉法媒体人知识结构体系与思维方式的法律化。不同于传统媒体中的职业媒体人相对单一的新闻专业教育背景,现代法治报道中的新媒体人应当是具有法律与新闻双重教育背景,是深谙媒体传播规律的法律人亦或是熟悉法律专业领域的媒体人。如此,新媒体人才能在传播需求与法治认同之间维系精巧的平衡。

另一方面,需要通过新媒体社会责任的法律化以平衡新媒体权力与责任关系,制约新媒体的过度商业化,促进法治舆论环境的净化。针对新媒体报道严重失实、刻意歪曲、搬弄是非进而损害个人权益或者损害国家公共利益的行为,传统的民法、行政法、刑法已足。上述责任所针对的是已经形成负面舆论的事后救济,多为存在主观恶意的报道行为,但并不能完全涵盖现代媒体社会职责。

现代社会媒体系统与法律系统分化所指向的是媒体与法律系统的结构上耦合,域外立法很大程度上反映了这一趋势,新媒体社会责任的法律化已成必然。借鉴德国媒体法经验,中国新媒体社会责任的法律化可通过建构系统的传媒法或新闻法体系得以实现,以实现从媒体结果责任向媒体行为风险控制,从权力救济向价值引导的转向。具体包括两个层次法律化:一是新媒体价值的法律化。为平衡商业媒体或者自媒体过度商业化而带来的社会责任退缩,必须通过专门传媒法明确新媒体的价值导向即客观性、中立性、多样性和平衡性,而不再局限在客观性与中立性。伴随新媒体传播权力的延

^① 卡斯·桑斯坦《简化——政府的未来》陈丽芳译,北京:中信出版社,2015年,第9页。

^② 顾培东《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》,《法学研究》2017年第1期。

伸,新媒体不仅承担了信息传播的专业使命,更担负了民主形成与价值引导的社会使命。因此,新媒体必须负责组织并保证传播内容观点的多样性与平衡性,提供内容全面、覆盖所有社会问题,不仅仅局限于娱乐和轰动性事件报道。立足中国国情,由公共资助的公法媒体在整个传媒行业起着“关键少数”的作用——即公共价值导向与舆论氛围营造的功能,官方新媒体应当有义务提供多元的观点,在舆论中应当就同一个话题设置不同的立场,在具体报道中应提供正反两种不同的意见,以便公众能够在价值中立中形成自己的观点。同时,不同观点之间应该分别占有合适的比重,虽然这种比重无法进行精确的数学计算,但应尽可能避免一种声音过大而掩盖其他观点。^①二是新媒体行为法律化。即通过程序性审查法律义务实现将新媒体行为纳入法律的控制范围之内,为新媒体提供行为预期,保证新媒体价值实现。具体包括三点义务:一是信息核实义务,在传播消息之前尽可能谨慎地核实消息的真实性和来源;对某人的指责越严重,案件所潜在的舆论越激烈,则在散布这种指责之前的核实工作就必须越细致。二是信息源注意义务,新媒体应注意信息来源是否众所周知,来自官方机构的信息比未知第三方的信息更可靠;对来自新闻机构的信息也给予优先考虑,至少要有两个独立的信息来源提供同样一个信息。三是信息发布程序性义务,应当考虑信息发布的时间机遇而非第一时间绝对优位;发布时应当给予当事人表态的机会,如果当事人对某项指责没有反驳,则可以认为这种指责是正确的,则其事后无论如何再无权阻止节目播出。

(三) 公众理性精神的培育

理性精神,并非人与生俱来的天然品质,而是来源于后天的目的性教育,来源于公众对法治价值与形式的独立判断,来源于日常法治活动的心理体验。除了后天教育强化公众独立思考能力与逻辑思维能力外,公众理性精神的培育离不开一种群体性氛围的营造,包容、自由的舆论环境与法治诉求的实践氛围尤为关键。

在新媒体塑造的舆论场中,平等、自由的协商舆论氛围是就公共问题进行深入探讨与论辩的前提。从个人角度来讲,我们没有宽容平等理性平和

的说理对话的心态和素养,缺乏相关的逻辑和说理训练;从制度规范层面来看,在大众教育和社会公共层面,基本社会共识的文明理性议事规则长期缺位。^②而平等、自由的协商舆论氛围并不是一两场简单的应景式的集体讨论就能承载的,必须内化到每一个公众日常行动中。一方面需要培育社会成员的公民身份、角色认知和价值理念,并立足于公共生活与私人生活来理解和定位国家与个人、群体与群体、自我与他人的利益关系与权力诉求,使个体尊重公共生活的伦理底线、人性立场和商谈逻辑。^③另一方面,在公共舆论中需要确立文明理性的议事规则,使喧嚣谩骂、极端暴戾、非理性发泄的“站队”之争,转向开放包容、商谈妥协、理性互动的分歧之辩。从《罗伯特议事规则》到《公民论坛的〈对话守则〉》,议事规则不是话语权的控制与垄断,而是在合理多元主义下共识形成的基本程序规则与价值导向,其在最大程度上遏制了新媒体中暴戾情绪与非理性的传播。具体而言,舆论场中的议事规则应该包括以下几个方面:对话的目的是寻求真理,不是为了斗争;不做人身攻击;保持主题;辩论时要用证据;不要坚持错误不改;要分清对话与只准自己讲话的区别;对话要有记录;尽量理解对方。^④只有具备公民身份与角色价值的公众在共同的议事规则之下进行探讨才能够形成所期待的平等、自由、包容的协商氛围。

受限于传统文化中道德理想主义,社会公众对法治一贯采取厌诉或者规避的态度,公民化的诉求表达与维权能力并不显现。需要营造法治诉求的实践氛围,让公众能够以实际行动参与至正式的法治活动中获取切身法治认知与情感,而非一贯地从媒体所承载的信息中认识和感受法治。在嘈杂的广场化舆论场中,公众积极的法治化诉求和法治思维可以摒弃浓厚的道德化诉求和非程序化的参与方式,促进公众通过法治逻辑与思维审视和反思法治舆论中蕴含的价值与诉求。

总之,在法治实践中,以公众程序化、规范化和制度化的维护合法权益的行动替换盲目的、偶发的、无序的维权行为,从而促进公众在实践中形成理性法治参与精神,形成多元价值基础上的法治共识与认同。

[责任编辑:陈慧妮]

① [德]阿尔布雷希特·黑塞《德国广播电视媒体的社会责任与法律规范》,《中国广播电视学刊》2012年第7期。

② 李晓亮《我们如何向“网络暴戾”说不》,http://news.163.com/12/0802/09/87T32ELC00014JB5.html。

③ 马长山《公共领域兴起与法治变革》,第341页。

④ 彭鹏《中国新闻评论发展“理想图景”的构建研究》,《新闻界》2014年第18期。

Abstracts of Main Papers

Transition of Anti – poverty Social Policy along with Terminating Absolute Poverty

..... FANG Ke & JIANG Zhuo – yu(7)

The discussion of social policy issues should be based on the specific time period and the practical background. On the issue of anti – poverty ,Chinese social policy mainly focuses on dealing with absolute poverty in dollars. However ,in the coming years ahead ,new changes will come along with the significant progress achieved in poverty governance ,that is: dramatic decrease of absolute poverty population and phenomenon ,increase of relative poverty and social exclusion as well as weakness of the development ability of marginal population as new issues and background of poverty governance. Therefore ,there should also be new transitions in anti – poverty social policies addressing the function of social assistance and active warefare as a way to prevent well – off from going back to poverty ,improving marginal population’s ability in better handling of capital assets ,and stick to sharing development , making efforts in transition from policy converage to population coverage.

Deviation and Countermeasure of the New Media to the Public Recognition for the Rule of Law

..... ZHANG De – maio & GAO Ying(26)

The essence of the rule of law requires honest recognition from the public and conscious enforcement in practice. The recognition of the rule of law can be regarded as both the state requirement of the rule of law and the process of internalization of the value of the rule of law by the public. The new media provides an important platform and carrier for the recognition of the rule of law for the public. However ,the new media is a double – edged sword for the recognition of the rule of law for the public. Due to the cognitive barriers from the complication of modern legal system ,the lack of social responsibility of the new media and the public’s irrationality ,the new media deviate the recognition of the rule of law in the process of the information dissemination and provide misguidance for the value of rule of law. It is embodied in the public’s cognitive bias of the rule of law ,the kidnapping of the rule of law emotion ,and the breakdown of the consensus of rule of law ,and eventually leads to the abnormal phenomenon of the mismatch between the recognition of the rule of law of the public and the development of the rule of law. Therefore ,on the basis of respecting the objective rules of the law development and the new media communication ,it is necessary to develop countermeasures for the deviation of the new media to the recognition of the rule of law for the public from three aspects of the law , new media and the public for the benefit of reshape the public’s subjective psychological cognition of the rule of law through new media and then strengthen the recognition of the rule of law for the public.

Fusion of National Identity with Ethnic Identity from the Perspective of Modernization of

Frontier Governance in the New Era LI Yong – na & ZUO Peng(34)

The contradiction between the development of “a need for a better life and an insufficient balance” in the new era requires us to pay attention to the modernization of governance in the frontier ethnic areas. The national identity centering on the Chinese dream of the great rejuvenation of the Chinese nation is the value foundation of governance modernization. It is the ultimate goal of the modernization of governance systems and governance capabilities in frontier ethnic areas. However ,the low – level economic development ,complex geopolitical factors ,backward public services ,diversified religious beliefs and unique cultural elements in the frontier ethnic areas are intertwined ,leaving the value consensus between ethnic identity and national identity to be constantly alienate each other. In order to achieve the value consensus between the ethnic identity and national identity ,it is necessary to pay attention to both the characteristics of ethnic identity ,as well as to the political and institutional characteristics of national identity construction ,and based on national equality ,through in – depth exchanges among ethnic groups to promote the building of common spiritual homes of different ethnic groups ,and to build a sense of community of “us” and “identity”.

法治评估的实践困局及其破解

——以哈耶克进化论理性主义法治思想为理论参照

张德森 康兰平

摘要:近年来以中国法治实践学派为代表的学术共同体开启了微观层面的量化法治评估实验,经过十多年的蓬勃发展,已经成为法治建设的新增长点和动力机制。实践法治观的生成以及中国法治实践学派孕育释放出的信号表明中国法治的理论旨趣和实践面向,法治应当是一种实践行动,要立足于真实的生活场景而非是观念巴别塔,但当前的中国法治评估仍存在着理论准备的先天不足。针对当前法治评估实践中类型构造和进路选择的表征与建构之争,选取了哈耶克的社会秩序规则二元观这一理论作参照,哈耶克对建构论唯理主义的批判和进化论理性主义的洞见对于当前中国法治评估实践困局破解极具镜鉴意义。法治评估的制度性进路或价值性进路并非是二元对立的,而是同源同构的关系。法治评估应当立基于法治中国的具体情境,实现规则系统和行动结构的相容。

关键词:法治评估 进化论理性主义 社会秩序规则二元观 中国法治实践学派

中图分类号:D902 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-2338(2017)01-0138-08

作者简介:张德森,男,法学博士,中南财经政法大学法学院教授。研究方向:法理学、立法学。

康兰平,女,法学博士,浙江大学光华法学院博士后研究人员。研究方向:法哲学、法社会学。

DOI:10.14154/j.cnki.qss.2017.01.022

一、问题的提出

法治作为全球范围内最为耀眼的合法化政治理想和治国理政的基本方式,既是推进国家治理体系现代化的价值共识,同时也是实现国家治理能力现代化的现实路径。就稳妥推进国家治理现代化这一功在千秋的系统化工程而言,我们既要在宏观层面探究“法治中国”建设的顶层设计,同时也要立足于法治实施的真实场景,实现规则系统和行动结构的汇流。近年来,以中国法治实践学派为代表的学术共同体开启了微观层面的量化法治评估实验,经过十多年的蓬勃发展,已经成为法治建设的新增长点和动力机制^[1]。中国法治实践学派的兴起和壮大,无论是从智识还是实践层面都在以一种中国气度、中国元素、中国特色襄助着法治中国建设。实践法治观的生成以及中国法治实践学派的孕育

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目(15SFB1001)、教育部人文社会科学研究青年基金项目(16YJC820027);国家社科基金青年项目(15CFX003);陕西省社科基金项目(2016F001);河南省科技计划(软科学)项目(152400410565)之阶段性成果。

释放出的信号表明法治的理论旨趣和实践面向既不能照搬西方理论根基,也不能固步自封既有理论框架,更不能埋首文本世界而曲解现实的法律世界,否则法治的生成以及运作只能是“无根的蒲公英”缺乏孕育和成长真实根基和丰厚土壤,难以茁壮成长。法治应当是一种实践行动,要立足于真实生活的生活场景而非是观念巴别塔^[2]。

法治评估即是通过微观实验测量法治的有益实践尝试,通过运用一套指标体系和定量评估方法来评价和衡量法治发展的真实状态^[3]。它的意义在于使抽象的观念法治有了客观向度和真实界面,为法治建设提供了一面真实的“镜子”,问诊法治发展的强项和弱项。可见,法治评估具有提升政府治理水平、监督考核政府权力运行、获致司法正义以及因应法治建设改革需求等积极意义,但是我们也应看到法治评估并非是包治百病的灵丹妙药,法治评估有其功能局限,主要是囿于主客观影响因素、法治评估焦点的差异、公民需求的回应不够、研究方法固有缺陷等。为此,我们需要正确定位法治评估的功能,最大限度发挥其效用。法治评估的深入应用犹如开花的蒲公英需要极长极深的根须,需要我们对法治评估进行理论维度和实践向度的深入解读。笔者以哈耶克社会秩序规则二元观作为理论参照,在实践法治观的指引下,立足于法治量化评估这一微观观测点,解读其理论根基和现实向度,探究法治评估的实践运行逻辑和实践困局破解之道。

二、法治评估的运行逻辑:基于哈耶克法治思想的参照^①

在世界范围内,法治发展的理论与实践在向度选择和路径依赖上呈现出历时和共时的特点,一方面法治有益于所有人已经成为普遍的共识,另一方面法治这一复杂社会运动的现实画面却仍旧支离破碎。法治的理想境界、实践场景的彼此互异,反映了立法者主观愿望与社会客观环境的错位、理性化的法律规则形式与情理化的朴素公道正义观等诸多推拉因素。透视法治的理论构设和实践路径亦存在着建构式和演进式两种不同类型。建构式非常强烈地诉诸人类的理性和智慧,相信经由人类的理性设计就能够构筑完备的制度;演进式则认为人类的理性是有限的,良好制度的生成是人行动的结果而非设计的结果。哈耶克作为最早辨别建构唯理主义和进化理论主义的集大成者,其对建构论唯理主义的批判和进化论理性主义的洞见对于当前我国法治建设依凭何种资源进行制度设计仍具有理论价值和实践意义^[4]。

(一) 哈耶克社会秩序规则二元观的理论架构

哈耶克关于社会秩序规则二元观的架构是其法治思想的理论基石。哈耶克进入法律理论的内在理路乃在于其对自生自发秩序的理论捍卫以及建构唯理主义的质疑。伴随着哈耶克知识观的渐次完善,逐渐形成了他的进化论理性主义和建构论唯理主义的二元分析框架。建构论唯理主义认为,“人生来就具有智识和道德的秉赋,这使人能够根据审慎思考而型构文明”^[5],哈耶克对这种建构论唯理主义进行了尖锐的批评,认为它是现代社会中一系列自负的政治意识形态及其政治实践的渊藪,旨在建构一种通过强制方能有效的乌托邦。这种唯理主义支配下的社会秩序规则一元化实际上渊源于“自然”“人为”的二分法谬误观,由此导致了刻意设计的排他性、不可化约的价值扼杀以及实体社会的高度同质化等弊端。哈耶克在对建构论唯理主义的批判基础上,深刻洞见到社会结构和制度是人之行动的结果,而并非是人之理性设计的结果,并构建出了非人之意图的自生自发秩序的社会秩序规则二元观。哈耶克提出自生自发秩序是法治社会的基础,这种社会秩序并非理性设计而是自发进化的结果^[6]。他极为推崇进化论理性主义,并对其进行了详细的阐述。在哈耶克看来,各种自由制度,并非事先预见的周齐规划和理性建构,整个社会制度不是人类可以设计或制定出来的,它应该是在

^① 笔者选取哈耶克法治思想中“社会秩序规则二元观”作为探究法治评估运行逻辑的理论参照,因为两者在方法论上具有高度契合性,具有现实镜鉴价值。当前法治评估实践中存在的评估类型和进路选择的二元纷争即表征为体制性进路和价值性进路,而这即对应着哈耶克对建构论唯理主义和进化论理性主义的类型界分和深刻洞见。诚然,哈耶克对建构论唯理主义的批判和进化论理性主义的推崇在今天看来具有理论上的局限性,但是其两面性对于当前法治评估的实践误区提供了很好的理论参照和实践指引,有必要进行反思与重构。

社会中缓慢进化而来的,是自生自发的行动结构和规则系统的统合。由此,哈耶克提出了贯彻其法治思想的核心概念“自生自发秩序”。在他看来,社会科学研究的中心任务就是要对人的行为解释性重构而非是人为建构。哈耶克的“自身自发秩序”是以无知观和有限理性为认识论基础的,个人不可能事无巨细地把握整个复杂的自发秩序。个人通过对社会要素所依循规则的模仿、学习、认知来渐进发现自生自发秩序的运作规律。哈耶克指出,“自生自发秩序的形成乃是它们的要素在应对其即时性环境的过程中遵循某些规则所产生的后果”^[7]。在哈耶克看来,自生自发秩序的构成要素不仅包括个人还包括组织。在开放的社会中组织有着独特的效能,尤其是在决策和行动方面。政府作为特殊组织的类型,它有着强制和服务两种功能。政府运用强制手段预防和矫正失序现象是政府在捍卫自发秩序的生长条件;而当政府像其他服务组织一样,那么它本身就是自发社会秩序的有机组成。哈耶克认为自生自发的秩序的形成条件是“自由、一般规则和竞争”。其一,自由是道德价值的渊源和条件,自由体现了个人的意志。自由是文明和社会进步的助推器,只有个人能够在社会生活中运用知识实现追求,整个社会才能不断前进。其二,提及竞争,哈耶克反对“经济人”的著名假设,它认为竞争是一个发现的过程,是一个理性能力得到肯定和传播的过程。哈耶克不仅意识到竞争所具有的经济价值,而且意识到竞争对于培养理性思维模式的助推作用。而自由和竞争只有在一般性规则的前提下方能实现。其三,“一般性规则”实际上是自生自发秩序的生成和发展的最为重要的条件。作为行动者的我们与这些规则之间的互动关系能够构成生活于其间的社会秩序的基础性结构。哈耶克认为社会中存在着两种不同的体系,即业已存在的个人行为规则系统和经由无数参与人调适而呈现的作为结果状态的行动结构^[8]。作为行动者的我们与这些规则之间的互动关系能够构成生活于其间的社会秩序的基础性结构。哈耶克关于自生自发秩序的规则系统和行动结构的类型化界分表明个人行为规则并不导向整体的社会秩序,而产生于行动者在具体的情境中对于规则的信赖和遵循。

(二) 哈耶克社会秩序规则二元观的理性解读

立足于哈耶克的社会秩序规则二元观的理论架构和分析框架,为我们理解法律制度和整体秩序的内在关联提供了理论上的参照和实践行动方略。毋庸置疑的是,哈耶克对于长久以来占据主流的自然法理论和法律实证主义所推崇的人之理性建构制度的谬误进行了深刻的批判,其关于建构论唯理主义夸大知识和理性的作用、混淆了国家和社会的运行机制以及对于形式法治的偏爱引发的价值褫夺等批评性洞见至今仍发人深思。而本文努力探究的哈耶克自生自发秩序这一智识结晶和参照架构,其基本的命题在于人之理性的有限性以及社会秩序规则经由行动而非是设计的结果。当然,哈耶克关于社会秩序规则二元观的理论阐释有其衍生的特定时空情境并且受制于其本人的知识偏好和制度信仰,不可避免地带有智识的缺陷和实践风险^[9]。

为此,我们必须本着“破”与“立”的辩证思维谨慎地看待哈耶克法治思想的两面性,尤其是将这一理论建构来观照当前中国的法治建设时,必须以特定的时空情境为出发点,探究其法治思想的本土向度和实践运行逻辑。哈耶克法治思想的局限性在于曲解了自然法和法律实证主义对于国家和社会的认识,其普通法治国的理想图式由于排除了权利的行使、无法防止权力的滥用以及自发秩序漫长可能引发的集体无意识等风险使其只能作为一种空泛的乌托邦而不能在现实中落地生根。而哈耶克法治思想的局限性对于当前我国法治建设的真实意义或许在于,一方面既要认识到纯粹建构理性主义可能招致的“理性的自负”和改革中出现错误的风险性,另一方面也要清醒地认识到单一的进化论理性主义的实践功效可能面临反复甚至倒退的风险。因而,对于哈耶克法治观,我们应当立足于中国的本土法治情境进行相应的范式转换,在建构理性主义与进化理性主义之间进行颀颀,努力实现规则系统和行动结构的并行不悖。

(三) 哈耶克社会秩序规则二元观的时代观照

哈耶克关于行动结构和规则系统的二元分析框架实际上就对应着国内法治建设的演进型与建构式两种发展路径之争,即自下而上与自上而下。而探寻中国法治建设的理论与实践发展过程,体现为历时性和共时性的统一,中国特色法治话语体系的自觉建构实现了社会生活的全方位有法可依,也为

深入推进法治中国建设打下了坚实的基础。对于法治建设的思路经历了从“法律体系”到“法治体系”的转变,法律体系建设时期法治发展进路实行的是国家主导型的“变法”模式。这种建构理性主义的法治发展思路在集群化的供给制度文本方面焕发出惊人的高效率,能够降低法治建设成本,加快推进法治建设发展^[10]。然而,批量化法律的现实运作效果却并不理想,获致司法正义遭遇了困境和危机,这包括走向内卷化的权力、传统规则与现代法律的价值撕裂、司法能力悬浮等方面。毋庸讳言,造成前述问题的个中原因颇为繁复。但最为根本的是,建构主义法治观的理论逻辑和实践向度主张的“狂妄”曲解了人的现实生活,造成了权力无处不在而社会却随时处于断裂的状态,法治信仰土壤的匮乏导致了法治根基的薄弱,正如学者所言,“当前中国法治实施中面临的拦路虎乃是规则意识的欠缺,这也是为何法治难以深入人心的主要症结。”^[11]

因而,检讨与反思建构主义法治观的理论决断和实践风险,需要我们以二象性思维审视与其相对的进化论理性主义与法治体系的内在关联,从规则系统和行动结构融合的视角探究法治建设的本土路径,不断经由调适和渐进实验,让法治建设运行在建构理性主义与进化论理性主义所共同助力的康庄大道上。具体而言,法治实践中应当注重社会自治的作用和规则系统的内生力量,激发公民的权利自觉,实现赋权增能的目的。法治中国建设的出路在于尊重公民的主体地位,促进国家推进与社会自发的双向循环,实现规则系统与行动结构的有机统一。值得一提的是,近年来国内蓬勃发展的量化法治评估运动作为微观层面测量法治实施效果的实验创新和法治发展的新增长点,已经在实践中取得了显著的成效,成为倒逼政府改革的动力机制^[12]。然而法治评估实践中众多评估类型之争以及评估实践功效的质疑已经成为影响法治评估推广以及应用的负面因子,为此笔者立足于哈耶克法治思想,从法治评估的类型构造以及实效的功能角度探究法治评估的转型破解之道。

三、法治评估的实践审视

通过对法治指数的具体实践的检视,发现其既有实践操作层面的现实不足,更为重要的是先天理论准备的早产。而症结则在于法治本身是人类主观理性建构的制度设计,它诞生初始便被赋予了价值基准,而究竟哪些原则被用来作为评估的指标数据实际上仍旧是主观的而且是难以达致统一的。这样一来,法治指数在理论根基上呈现出多维样态而投射到实践中就出现诸如制度指向混乱、客观影响因素的庞杂与主观评价的随意、研究方法的固有缺陷、法治评估聚焦点的差异等诸多迷思。而如何破解这一实践困局,需要我们对当前法治评估的类型构造以及实践样态进行多维审视,同时借由哈耶克法治观这一理论参照探究法治评估的实践运行机制,并对其存在的问题予以诊断。

(一) 法治评估的实践样态

近年来,全国各地相继出现了对于法治状态进行定量评价的法治评估实践。依托于法治评估这一微观创新实验,法治实施成效可以通过一整套指标体系和量化方法进行测量。国内法治评估经过十多年的蓬勃发展已经成为法治建设的新增长点,成为倒逼政府改革的动力机制。2005年香港指数开启了国内量化评估试水,该指数采用体制性进路选择,在评估方法上坚持质性和量化相结合,测量出香港法治实施的真实情况。2008年的余杭法治试验开创了内地法治评估的先河,余杭法治指数采用第三方评估模式,立足于法治的阶段性和地方法治发展目标衡量法治实施效果。随后,北京、深圳、上海、昆明、成都等多个地区也都进行了相关尝试和探索。可以说,法治评估的星星之火已经在学术界的孜孜以求和实务界的潜心求证之下渐成气候,第三评估机制创新推动着法治评估的转型与应用。应当说对法治评估这一崭新的治理模式而言,其尚处于起步阶段,仍旧存在诸多问题。目前学界大多对法治评估持肯定态度,如钱弘道认为,法治指数作为拓展制度创新的重要方式,实现了法治的现实可测度。法治指数并非简单地对法治发展状况进行量化处理,而是按照一定的标准评估法律制度使其符号化,让法治能够成为看得见的正义,让法治能够在实然的生活世界中有踪迹可循^[13]。蒋立山认为,法治评估符合当前正处于上升期的中国具体国情,能够体察和关注真实的法治状况,能够为法治建设提供一种新的运作模式,有利于实现法律与社会的良性互动^[14]。然而,也有少数学者

对法治评估的实际功效和方法技术提出质疑和反思,其所面临的难题在于如何对法治评估进行类型化区隔,使其能够在更大范围内得到推广与应用。法治评估在当前阶段不仅存在着理论准备的先天不足,还存在着评估技术与方法应用的操作误差。因此,在当前法治评估蓬勃发展之际,反思法治评估实践背后所蕴含着的辩证性难题,恰恰是认真对待法治评估的应有之义^[12]。

(二) 法治评估的实践反思——基于哈耶克进化论理性主义的分析

作为培育全社会法治精神和制度创新手段的评估指标体系的构建具有重要意义。量化评估的设计和实施能够有效回应转型期法治建设的中国任务:一方面民众对法治的期许日益高涨,另一方面法治改革难度不断增大。传统“法治范式”和法治建设实践凸显的问题表明转型期法治的发展进路必须有效回应观念、策略、路径和环节等因素,促使法治蜕变的中国节奏,实现国家推进与社会自发的双向对流。从当前法治评估实践结果来看,已有评估类型构造和进路选择与当前行政模式存在着制度逻辑的冲突,影响了评估的实际效能发挥。当前评估类型界分中存在着评估主体的反身性缺乏、评估内容的弱实践性以及评估方法的客观性不足等问题;在评估进路选择上存在着体制性进路和价值性进路的分化:体制性评估进路存在着评估官方色彩强、评估结果社会认可度低、评估的延展性弱等局限,价值性进路存在着过多强调建构性而忽视法治实施的真实情境、无法勾勒法治实施的真实样态、评估周期长无法观照当下法治建设等困局。前文述及的哈耶克关于进化论理性主义和建构论理性主义的类型界分和深刻洞见给当前面临转型的法治评估提供了可供参照的理论架构和实践运作逻辑。无论是进化论理性主义还是建构论理性主义,其都有积极效用,但同时也存在负面效应,为此我们应本着“破”与“立”的辩证法思维,统合行动结构与规则系统,实现两者的同源同构。单一的体制性进路或者价值性进路都不足以衡量法治实施的真实样态,两者实际上同源同构的关系,共同汇流于法治评估的实践进路。综上,我们认识到法治评估的功能在于查找在特定时空维度内国家或者地区法治发展存在的问题,并及时向决策者作出反馈,法治评估乃是服务于法治实施的辅助性工具。但当前,困囿于法治评估的理论准备不足和研究方法的混杂模糊,导致了法治评估类型构造和进路选择上仍旧有橘枳之忧,无法在法治建设中发挥其应有实效,亟需对其进行理论上的修补和实践上的导航。

四、法治评估实践困局的破解之道

长久以来,法治建设一直致力于宏大叙事的图景建构,忽略了从微观层面进行细致具体的筑基。而哈耶克的进化论理性主义法治观则提供了很好的理论观照,可以看做是对规范法治范式的调整和修补。哈耶克对地方性知识的强调,对建构论唯理主义和进化论理性主义的界分,对自生自发秩序的类型划分,对当下中国法治建设的启示意义就在于,法治国家建设的战略重点应当注重规则系统和行动结构的融合。

法治的真实路径和基本向度的逻辑起点在于法治兼具主观性和客观性。作为主观感知的法治是人类制度设计的理性尝试,是人类社会的理想状态;但是法治生成和运作又是客观性的存在,全球背景下法治的同构性、人权精神的一以贯之、法治发展的渐进性与具体性这些特性都为法治量化评估提供了逻辑进路支持和实践向度指引。法治评估的实践结果表明,评估的类型构造和进路选择应当摒弃表征与建构的二元之争,本质上是同源同构的关系^[15]。在统合规则系统和行动结构的思路指引下,破解当前法治评估的实践困局,应当从主体性回应、客体维度、时空维度等面向探究法治评估的实践运行逻辑。

(一) 法治评估的主体性回应

中国大陆法治评估运动在经历了十多年的蓬勃发展之后,法治评估已经成为法学界新的学术增长点和法治建设的有力抓手,法治评估模式也呈现出“百花齐放”的局面,从现有的法治评估模式来看,主要存在着治理型和管理型两大类:管理型评估模式在评估主体选择上是单一的内部取向,在评估路径上具有建构主义的色彩,在评估内容是封闭的法定职责考核,在评估后果上是功利性的。实际上,管理型评估在实践中已经陷入评估困境,影响了评估的效能发挥和价值目标实现^[16]。因而,有

学者为了打破管理型评估的困局,提出了治理型评估模式。治理型评估的主体是多方的或者第三方评估,引入了公众参与,在评估的路径上是渐进试错的方式,在实验主义框架内进行学习、修正和调整;在评估内容是开放性的框架性目标,保留了实验的空间和解释的自由度;在评估后果上是功能性的,目的在于学习和修正,而非排名和奖惩。^[16]实际上两种评估模式各有其存在价值,因而有必要对其各自的功能结构进行有效的区隔和整合,力求充分发挥法治评估的制度创新的效应。可以说,管理型评估和治理型评估的根本区别在于评估主体选择这一核心问题。

法治评估实践性难题的破解,应当对评估的主体进行有效回应。目前国内已有学者积极探索第三方评估模式,第三方评估模式作为对于管理型评估模式的实践优化尝试,其初衷是形成倒逼机制、提升公众的法治获得感。但是从实践的实施效果来看,第三方评估存在着评估深度不足,难以触及体制内部的深层次问题,评估缺乏持续的动力且并未成为一种稳定的常态机制实现“发现问题、解决问题”的目的^[17]。运用哈耶克的自生自发秩序理论对于当前法治评估的实践运行进行反思与关照,可以发现第三方法治评估作为内部评估的优化模式,仍旧面临着内向与外放、表征与建构、功利与功能等困局,而要破解这一难题,可以从沟通与接纳层面探讨第三方评估的改进与完善之道:首先,要正确认识到第三方评估的理论限度。第三方评估的理论限度在于其强调的是公众的参与。第三方评估不应当沦为少数精英分子主观建构的巴比塔,而要吸纳公众积极参与,不断提升法治获得感,进而落实为具体的行动。其次,要正确定位第三方评估机构的职责和权限。第三方评估机构的职责并非是绩效考核的“抓罪犯”思路,而应当是提供更多的反思视角和批判性思维,推动评估的结果应用,着眼于提升评估的工具和技术,推动评估成为一种有力的外部监督工具。最后,从现有的第三方评估的实践运行来看,第三方评估由于并没有类似绩效考核的约束力,因而评估结果往往束之高阁,浪费了大量的资源。为此,必须从评估结果的应用角度发挥第三方评估的激励功能。第三方评估应当提供有效的沟通和接纳机制促进评估方和被评估方的有效沟通,要从思想上保证评估的公众参与性,提升公众对于评估的信任感;另一方面也要对评估结果进行二次评估即积极开展元评估,对于评估的结果进行及时修正和完善。

(二) 法治评估的实践场域回应

在对当前规范法治范式进行反思和哈耶化进化论理性主义法治观作为理论参照前提下,笔者认为当前法治评估的实践运行应当将目光往返于现实中的生活向度而非是进行观念巴别塔的建构。法治评估的初衷乃在于测量法治实施的真实发展程度,发现法治建设的短板和有待于改进的地方,推动法治建设水平的提升。近年来,法治评估作为蓬勃兴起的微观实验尝试,已经成为推动法治建设的有力抓手和法治建设的新增长点。但是从当前法治评估的实践运行来看,法治评估的功能发挥仍旧面临实际的困境,法治评估作为有力的外部监督工具应当发挥着描述、监测、对比以及预测等功能。

从当前法治评估的实践场域运行来看,法治评估在效能发挥、具体内容设置、路径选择以及评估结果应用等方面存在着测量误区,为此必须加以突破。首先,在效能发挥上法治评估有其功能认知的限度。法治评估并非是灵丹妙药,它无法实现对于法治实施的360度全景再现,评估实践中由于主客观影响因素的驳杂和研究方法的固有缺陷影响了效应的发挥。法治评估的实践也应当是一个渐进试错的过程。法治评估的深入应用应当关注法治的生活向度,探寻法治建设的行动轨迹,避免法治评估成为别有用心政绩工程。其次,在法治评估的具体内容设定上应当坚持过程性解释的思路。当前法治评估指标体系的整体设计仍旧体现为对国外经验的借鉴和参照,指标体系的制定过程体现为法治的概念化、法治制度维度的框架设计和法治测量指标的筛选和设计。从当前国内法治评估指标体系设计来看,表现出借鉴国外已有的经验有余而进行本土的创造性转换不足的尴尬境地。国外学者Ginburg指出指标体系的设计应当有效回应法治的核心要素,并切实反馈法治实施的真实样貌^[3]。Saisana and Salltellis则认为指标体系的设计应当确保科学性、客观性与连贯性,避免指标体系设计的泛化和形式主义倾向^[18]。可见,评估指标体系的设计应当坚持本土化的建构思路,对于法治的概念进行操作化的解释,测量法治制度维度的框架设计应当坚持法治的价值目标,提炼出自洽的且可测量

的制度维度。在具体指标的选择上应当坚持实用性、代表性和可测度的基本准则。最后,在评估的进路选择上应当坚持本土化的建设思路,从功能互补的角度探索法治评估的管理型评估模式和治理型评估模式的沟通与接纳机制。管理型评估模式和治理型评估模式作为法治评估类型尽管各有其功能目标和关注重点,但是两者在本质上是同源同构的关系,我们应当搭建起沟通和接纳机制,推动法治评估的实施效果的最大化。与此同时,我们也要警惕当前法治评估实践中已经出现的测量误区,法治的概念应当具有简洁性、实用性和连贯性的特性,并且应当具有相对清晰的边界,避免外延的重合,在测量的过程中应当注重评估体系的信度、效度和偏度。对于指标体系的导向性功能不应当夸大其功效,要警惕其负面效应等等^[19]。

(三) 法治评估的时空回应

从时间维度上看,法治评估在经历了探索期、起步期、全面发展期等十多年的蓬勃发展,法治评估面临着诸多的实践难题。从时间序列上看,分析法治评估的发展历程,有助于明确当前法治评估存在的问题、路径选择和现实聚焦点。中国的法治评估不能简单照搬照抄西方法治,不能指望从西方的法治经验中找到现实的样板。法治评估应当体现出本土性、多元性、开放性等特质。本土性意味着法治评估所欲测量的法治应当是真实的法治而非理想图景,多元性意味着法治评估并非是封闭的内部评估而应当是多方参与的实施过程,开放性意味着法治评估应当具有全球视野。时至今日,经历了定义法治和正名法治的发展阶段,抽象的规范法治观已经毫无意义。法治评估所欲测量的法治应当是真实的法治,需要的是倡导实践智慧和行动共识,透过法治实施的真实状况了解法治建设的短板和不足之处,从而能够为制度革新提供现实的有力抓手和决策依据。在空间维度上,中国法治评估不应当是固步自封而要吸纳本土法治的优秀成果,同时也要引入全球法治的最新成果。实际上,法治评估作为舶来品,经历了十多年的本土化实践改造已经渐成气候,呈蓬勃发展之态势。但是从当前国内已有的法治评估类型来看,存在着空间维度上的外部关联性不足。中国法治评估的转型应当谋求法治评估的世界意义和全球视野。法治评估的导向性功能不能仅仅体现在法治的测量上,应当凸显法治的目的性价值。由此可见,法治评估对于法治的测量不应当仅仅体现在对于静态的规则系统的关注,更多地应当偏向动态的行动结构。运用哈耶克的法治理论和自生自发秩序的精辟阐释,对于当前法治评估运行予以反思,笔者认为对于当前法治评估的实践困局的破解应当在时间序列和空间维度内寻找到法治评估的本土资源和全球视野,既要体现出法治评估测量法治的核心主题,同时也要坚持包容性、开放性、反思性的基本思路,吸纳全球范围内法治评估的优秀成果并且进行本土化的改造。关注法治评估的全球视野能够使我们更好地以实践性的心态进行自我反省和本土建构,即不盲信国外法治评估的排名和评估结论,保持必要的警惕性,在行动结构层面探究法治评估的效能发挥。

五、结束语

综上,哈耶克的进化论理性主义法治观对于当下的法治中国建设战略构想极富借鉴意义,法治中国是兼具宏大叙事和微观介入的目标和过程的统一体,它既是统领的最高范畴,也是包容性的理论体系,同时也是最高的行动准则。从国内十多年来法治评估的发展历程来看,法治评估运动经历了早期探索期的评估类型单一封闭、实践起步期的评估类型同质化、全面发展期的评估类型多元化趋向。法治评估作为新兴的微观实验尝试,已经取得了显著的成效,但仍需要经历漫长的试错、反馈和修正的过程。法治评估作为当前法治建设的有力抓手和法学研究的新增长点,应当进行主体性回应、实践场域回应和时空维度回应,真正成为推动法治建设的稳定常态机制。

参考文献:

- [1] 钱弘道. 中国法治实践学派的兴起与使命[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版) 2013(5): 6.
- [2] 张德森, 康兰平. 迈向实证主义的中国法治评估方法论——以世界正义工程法治指数建构方法为镜鉴[J]. 理论与改革 2015(6): 129.

- [3] GINSBURG T. Pitfalls of measuring the rule of law [J]. Hague Journal on the Rule of Law ,2011 3(2) :269 – 280.
- [4] HAYEK F A. The road to Serfdom (1944) [J]. a nutshell ,the book demonstrated that socialism and planning led to serfdom ,1980.
- [5] 邓正来. 社会秩序规则二元观——哈耶克法律理论的研究 [J]. 北大法律评论 ,1999(2) :395.
- [6] HAYEK F A. Studies in philosophy , politics and economics [J]. 1967.
- [7] ROCHE G C. The relevance of Friedrich A. Hayek [M]. na ,1977.
- [8] FLEETWOOD S. Hayek’s political economy: the socio – economics of order [M]. Routledge ,2013.
- [9] 高全喜. 哈耶克主义与中国语境 [J]. 南方论坛 2009(1) :50.
- [10] 李亮. 法律体系到法治体系: 从“建构理性主义”到“进化理性主义”——以中共十五大到十八届四中全会政治报告为分析基点 [J]. 甘肃政法学院学报 2014(6) :1.
- [11] 刘作翔. 中国法治国家建设的战略转移: 法律实施及其问题 [J]. 中国社会科学院研究生院学报 2011(2) :55.
- [12] 张德森 ,康兰平. 地方法治指数的理论维度及实践走向 [J]. 理论与改革 2014(6) :131.
- [13] 钱弘道 ,戈含峰 ,王朝霞 ,刘大伟. 法治评估及其中国应用 [J]. 中国社会科学 2012(2) :140.
- [14] 蒋立山. 中国法治指数设计的理论问题 [J]. 法学家 2014(1) :1.
- [15] 张德森 ,李朝. 中国法治评估进路之选择 [J]. 法商研究 2014(4) :3.
- [16] 钱弘道 ,杜维超. 法治评估模式辨析 [J]. 法商研究 2015(6) :38.
- [17] 张玲. 第三方法治评估场域及其实践逻辑 [J]. 法律科学 2016(5) :14.
- [18] FOGLESONG T. The reform of criminal justice and evolution of judicial dependence in late Soviet Russia [J]. Reforming justice in Russia ,1996 (1864) :282 – 324.
- [19] 康兰平. 法治评估的开放空间: 理论回应、实践样态与未来转型 [J]. 甘肃政法学院学报 2016(5) :1.

(上接第 107 页)

四、结语

随着农业现代化的快速发展 ,我国农业仍处于传统农业向现代农业的转型期 ,其当前的多种农业发展形式都是一种带有过渡色彩的产业形态 ,可以短暂地存活、壮大 ,但未必能够发展成为真正的现代化农业形式。在统分结合的双层经营体制下 ,合作社以家庭为基础形成“统一”的组织 ,具有强大的生命力 ,其发展状况不仅影响着我国农业现代化发展的进程 ,会改变农村空心化、无组织的社会状态 ,更有助于“三农”问题的解决。因此 ,将内外因素契合起来 ,实现合作社长足发展 ,充分完善农民专业合作社运行的保障体系 ,对于推动其持久发展具有重要的基础作用 ,对合作社保障体系的讨论将是研究的重要领域。

参考文献:

- [1] 张学会. 农民专业合作社纵向一体化研究——以陕西省种植业合作社为例 [D]. 西安: 西北农林科技大学博士论文 ,2014.
- [2] 刘颖娴. 农民专业合作社纵向一体化研究——影响因素、组织绩效与发展模式 [D]. 杭州: 浙江大学博士论文 ,2015.
- [3] 樊春辉. 河南省农民专业合作社的动力机制研究——基于河南省五市的实证调查 [D]. 郑州: 郑州大学 2012.
- [4] 靳燕凌 ,高凤林. 陕北农村基层党建的现状分析及解决途径 [J]. 延安大学学报(社会科学版) 2009(6) :32 – 35.
- [5] 中共中央国务院关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见 [N/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/2016-01/27/content_5036698.htm

法治评估的实践反思与理论建构

——以中国法治评估指标体系的本土化建设为进路*

张德森**

内容摘要:中国法治评估的形成建立在相应的理论、技术、制度和现实基础之上。国外法治评估模式的引入不断引发法学理论和实务部门的关注与讨论,中国的法治评估活动方兴未艾。但在中国法治评估实践中,仍然存在制度指向混乱、量化研究方法功能局限、数据样本独立性和有效监控缺失、区域化法治评估的正当性质疑等问题。建设中国本土化的法治评估指标体系,应当明确法治评估的制度指向、综合量化与质性方法、建立法治评估的监督复核程序、保持法治评估的开放性与纠错性。

关键词:法治评估 量化方法 法治评估指标 开放性

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.01.015

构筑法治社会是近代以来世界各国人民的不懈追求,人们对法治倾注了无限的希冀并为之向往。“从国际经济领域的投资合作,到人道援助的成效考虑,一国的法治状况都受到相当多的关注,客观和准确地评估一国法治状况就成为一种现实需要。”^①以往国内学者对法治的探讨多侧重于理论路径的研究,随着实证研究方法不断被引入到法学研究领域以及不同学科交叉影响日益深化,法治建设状况的量化评估迈出了实践性的步伐。近年来,我国不少地方人民代表大会、法院检察院开展量化绩效考核,地方政府也纷纷以法治评估为契机推进区域治理法治化。在此背景下,通过对法治评估进行理论溯源、价值衡量来分析法治评估的正当性和合理性,再通过对法治评估实践中几个误区的梳理来探讨当前我国法治量化评价中的不足和缺陷,并针对我国普遍开展的法治评估模式提出富有建设性的思考是极富意义的尝试。

一、法治评估指标体系的形成基础

(一)法治评估的理论基础

法治评估指通过建立法治指标及其他实证方法对国家、地区抑或是社会的法治状况进行评价的系统工程。法治评估的关键在于提取与公认的、确定的法治概念相对应的法治指标。而这在法治理论研究中早已为学者们提出,亚里士多德提出法治的双重意义可以理解法治指标的萌芽状态。古罗马和中世纪时期,法治的细化趋势也未停止,并形成三项法治划分的共识。^②自由资本主义兴起以后,学者们对法治指标的划分也趋于精细,马克斯·韦伯提出法治秩序的主要标准、^③富勒提出法律的内在道德亦即法治的八项指标、^④拉兹提出合法性法律模式的八项构成要素、^⑤菲尼斯提出法治八项要件^⑥等。我国学者们吸收了西方学者的法治指标理念,并基于本土法治国家建设的特征和需求,提出了中国法治建设的指标或标准。李步云提出法治

* 本文系中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题《中国地方‘法治实施’效能评价指标体系及操作准则研究》[CLS(2015)ZDZX01]的阶段性成果。

** 中南财经政法大学法学院教授,博士生导师。

① 钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟:《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

② 参见夏勇:《法治是什么—渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》1999年第4期。

③ 参见季卫东:《以法治指数为鉴》,载《秩序与混沌的临界》,法律出版社2008年版,第56页。

④ 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55—96页。

⑤ 参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第187页—190页。

⑥ 参见[美]约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社2005年版,第216页。

国家的十项原则和要求,^⑦张文显提出实现法治国家的技术条件,^⑧夏勇提出法治的十大规诫^⑨等。学理上概括的法治指标,历经由简单到复杂、由模糊到明晰的发展过程,形成了内容丰富且层次多样、从普遍性法治准则到带有地方特色的法治标准,成为衡量现行法治状况的理论依据,也构成了法治量化评估的理论基础。现代各国,无论是成文法国家还是判例法国家,在保持法治价值追求的同时,也开始在法治的形式上相互借鉴和学习,促使法治的概念、特征、标准出现趋同的样态。由此,在世界较大范围内形成规范统一的法治评价体系也具有了合理性。

(二)法治评估的技术基础

在法治的概念和形式可按照要素或指标划分的前提下,如何将法治的各种属性和特征抽离成各种可测的、可数据化的指标进而构成量化评估体系,需要具有可行性的技术支持。这种技术支持主要源于指标自身的认知功能和先进的统计分析技术。首先,法治指标具有认知功能;法治指标作为一种测量尺度,能够准确的描述、反映、比较和评价法律现象及其发展与变迁的规律,^⑩能够实现对已定制度目标的明确和可测,能够准确反映法治建设中存在的普遍性问题和缺陷。认知功能强调法治指标具有可计量性、概观性、现实性,通过对法治概念的层级操作,能够使抽象概念下降到经验层次,形成可实际测量的法治指标。通过数据汇总并按照权重折算成为直观数字,可以评估区域对象的法治程度,对比不同区域的法治差异,并引导社会成员对法治建设形成最优行动选择。其次,量化技术的成熟与进步;在现代社会科学的研究中,以统计分析为核心的实证定量研究已经成为主流趋势。经过几十年的实践,量化技术包括指标操作、抽样策略等都较为成熟,统计应用也从最早的简单百分数等统计量发展到回归和方差分析,再发展到多元统计分析、结构方程模型等。这些技术准备使得量化研究在法学领域中的运用成为可能,白建军对死刑阶梯的量化研究已是明证。^⑪特别是统计分析技术的不断进步,通过客观计量和统计能够把握研究对象的共性问题,为法治评估的量化研究提供了充分的技术保障。

(三)法治评估的制度基础

世界上绝大多数国家以法治作为立国之本,法治已经成为世界人民的共识,而法治评估的制度前提就是各国政府对法治形式的确认,这也是法律评估的体制性进路得以成行的关键。戴耀廷在研究香港法治指数时认为较之法律评估的价值性进路而言,体制性进路可使研究更为聚焦,^⑫而钱弘道在此基础上提出体制性进路虽范围较窄,但易于指数的确定,^⑬这些研究从实证方法上确认了制度性进路的可操作性及科学性。法治评估的体制性路径要求评估研究的区域或国家以法治作为国家治理的基本方式,而法律全球化的背景下无论是国际法的国内化还是国内法的国家化,实际上都导致了在一国或一地区范围内的法律制度在更大范围甚至世界范围内得到推广,^⑭而法律制度的通用也保证了世界范围内法治评估的有效与价值。20世纪70年代末以来,中国在制定法律的过程中广泛地吸收和借鉴了外国法和国际惯例,这些通用的制度规范在长期的适用调整中不断修改和增补,逐渐融合中国本土法治现实和法治需求而形成了具有全球化特征同时兼具地方性特色的中国社会主义法律制度。2011年10月,国务院办公厅发布《中国特色社会主义法律体系》白皮书,实则是对业已形成并普遍适用的法律制度化、体系化的确认,而健全成熟的法律制度及其推行实施恰恰构成了法治评估的制度性基础,保证了以制度性进路开展法治评估的现实可行性。

(四)法治评估的现实基础

中国是全球法治化进程中的一员。1999年第九届全国人民代表大会第二次会议通过宪法修正案,将《宪法》第五条增补一款为:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”,在国家层面上确定了

^⑦ 参见李步云:《法理探索》,湖南人民出版社2003年版,第9页—13页。

^⑧ 参见张文显主编:《法理学(第三版)》,法律出版社2007年版,第93页—95页。

^⑨ 参见夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》1999年第4期。

^⑩ 参见冉井富:《论法治指标的认知功能及其局限性》,载《汕头大学学报(人文科学版)》1999年第2期。

^⑪ 参见白建军:《死刑适用实证研究》,载《中国社会科学》2006年第5期。

^⑫ 参见戴耀廷:《香港法治指数》,载《环球法律评论》2007年第6期。

^⑬ 参见前注⑩,钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟文。

^⑭ 参见朱景文:《全球化条件下的法治国家》,中国人民大学出版社2006年版,第2页。

依法治国的道路指向。中国共产党的十五大报告、十六大报告分别以“坚持党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一”、“深入落实依法治国基本方略列入实现全面建设小康社会奋斗目标”作为对依法治国的纵深推进。中国共产党的十八大报告更是提出“全面推进依法治国”，“加快建设社会主义法治国家”，将法治治国提升至新的高度。与之相对应的是各级政府、社会团体、个人的职务行为、组织行为、个体行为也被纳入到法治轨道当中。法治成为创造新型社会的工具、组织和改革社会的手段已经成为共识。虽然这一过程已经历经十几年的时间，对中国法治建设所处的阶段、状态和普遍性问题，学术界仍然没有形成客观统一的认识。学者们对中国法治的现状褒贬不一，甚至有人仅基于个案材料对法治建设的业绩持质疑态度，做出以偏概全的评价。

法治评估模式恰能回应这一悬疑，按照季卫东的归纳，法治指数能够实现对不同社会体制和文化的比较，为改造权力结构提供更清晰的蓝图，以及使法制建设的具体举措和绩效的评价趋于统一化。^⑮ 法治评估通过量化手段能够从整体上分析中国法治法治的状况、程度、问题，能够从纵向上反映法治建设的业绩和不足，从横向上反映不同地区法治建设的类似与差异，促使不同国家、地区之间进行法治领域的比较与沟通，甚至能为现行法律体制的发展完善提供指引，追求更高水平的法治，改善法治环境。以至于马怀德提出将“法治 GDP”纳入领导干部政绩考核体系，因为在中国推行法治与发展经济一样，需要来自政府的强大动力，而“包括法治指标在内的较为全面的政绩考核标准，恰恰能够提供这样的动力。”^⑯ 这也反映了法治指数评估体系对落实依法行政，推动法治进程的现实意义。

二、中国法治评估指标体系的形成与实践

（一）全球化法治评估指数的出现与引入

尽管国内外诸多学者在理论层面早已就法治的指标化作出了解释和界定，但从操作层面而言，较早建立系统的法治指标体系当属美国学者伊万。伊万在 1968 年将法律指标与社会指标结合起来，提出 70 个具体指标；1979 年，梅里曼、克拉克和弗里德曼在欧洲和拉丁美洲国家法律与发展专项研究中，将法律制度分为立法、行政、司法等六个方面，并将每个方面分为机构、工作人员、程序和消耗资源四个方面，形成法律制度的分析结构。^⑰ 截止到 1999 年 10 月，专门编制民主、法治、治理等相关指数的研究报告与出版物至少有十多种，例如《世界自由度指数》、《欧洲自由指数》、《国家风险评论》、《世界发展报告》、《全球国家风险指南》、《国家风险服务》、《全球竞争力调查》、《转型国家》等。2005 年世界银行发布《国别财富报告》，正式提出“法治指数”的概念，以全球 120 个国家和地区为样本对公民守法意识及对该国法律制度的信任程度进行评判。^⑱ 2007 年，由维拉司法研究所及阿尔特斯全球联盟主持的“世界正义工程”在沿袭西方法治理念的基础上确定了以合法政府、公布法律、正当程序、可实现的司法正义为原则的法治评估指标体系。^⑲ 近年来，随着视野的开阔和认识的深化，特别是国家(地区)以社会系统工程为框架在各个领域推行目标管理模式，法治指标作为一种衡量标准和研究方法在各国(地区)得到了较为广泛的应用，例如美国政府颁布《政策规定绩效分析》，^⑳ 对政府工作的合法性和合理性进行考评，诸如此类的实证性的法治指标体系日益增多。香港法治指数调研标识着法治评估开始引入并应用于中国部分地区，而随着“法治评估试验田”的余杭法治指数在 2006 年的发轫，法治评估作为中国法治建设的一种制度创新和方法创新模式得以兴起。

（二）中国法治评估的研究与实践

随着中国法治建设的发展，特别是 2004 年中国首部法治蓝皮书《中国法治发展报告 NO.1(2003)》的发布以来，法治建设的关注重点从最开始的“热点问题”个案解读逐渐发展为对行政体制和司法改革实践研究的关注，再发展为对“国情调研”和“地方法治”等明显带有量化特色的实证研究的关注，例如《中国法治发展

^⑮ 参见前注③，季卫东书，第 55、56 页。

^⑯ 参见马怀德：《法律实施有赖于“法治 GDP”的建立》，载《人民论坛》2011 年第 29 期。

^⑰ 参见朱景文：《现代西方法社会学》，法律出版社 1994 年版，第 43—45 页。

^⑱ The World Bank: Where is the wealth of Nations? The World Bank Publish, 2006, pp.13—14.

^⑲ Mark Agrast, Juan Carlos Botero, and Alejandro Ponce: The World Justice Project Rule of Law Index 2011, The World Justice Project Publish, 2011, p.9.

^⑳ 参见黄良进、肖松：《美国政府绩效评估法治化：历程、特点与启示》，载《学术界》2009 年第 3 期。

报告》2011年、2012年连续收录了“中国政府透明度年度报告”，《中国法治发展报告 NO.10(2012)》还收录了“余杭法治指数报告。”^①法治评估因其科学性和概观性逐渐得到学术界和实务部门的认可和适用。

国内学者大多对法治评估持肯定态度。学者们的观点集中于“为什么要进行法治指标评估”、“如何进行法治指标评估”等方面，有学者从法治基本理论出发，对法治评估的前提、正当性和功能作出论述，^②也有学者关注全国性或区域性法治指标的建构^③与推行。正如江平评价“余杭法治指数”所言“推动政府工作，促进学界法治量化研究和创建人民表达民意的渠道”，^④这也是法治评估的支持者的一个共识。而质疑者多集中于指标设立的条件和功能等问题，^⑤以及法治评估的本土化操作问题，^⑥对当前推行的法治评估是否能够反映中国法治状态，法治评估方法是否真实有效存有质疑，而非绝对的摒弃法治评估模式。

较之学界的争议与讨论，法治实践领域早已悄然出现了以各级政府为代表的法治指标化活动。2009年国务院办公厅发布的《关于推行法治政府建设指标体系的指导意见〈讨论稿〉》以来，从省级政府到市级政府再到县区级政府纷纷出招，制定各自的法治评价体系。近些年来，中国法律发展指标体系的研究为法治评估的开展奠定了一定的基础，^⑦指标立法后评估和司法绩效评估等立法、^⑧司法领域内专项评估的广泛开展也为法治评估积累了相当多的经验。

三、中国法治评估面临的问题与挑战

正如吉尔兹所言：“法学与民族志，一如航行术、园艺、政治和诗歌，都是具有地方性意义的技艺，因为它们的运作凭靠的乃是地方性知识。”^⑨法律自身具有地方性知识的属性，由此决定了法律动态运作的法治活动无法摆脱地方性特征，而作为法治活动中组成部分的法治评估也必须结合中国自身的体制结构特征、法律文化特征和公民意识状态作出，否则就可能会导致法治评估出现“南橘北枳”的局面。余杭法治指数的研究者也认识到中国本土资源的作用，指出“余杭法治指数借鉴了香港模式，同时根据地区法治发展的现实进行了创新，考虑地区经济政治体制及法治发展水平等因素。”^⑩那么，以余杭法治指数为代表的法治评估实践是否契合中国法治的本土情境，已开展的区域法治评估是否建立了富有操作性和科学性的评估方法，是否真正起到评价、预测以及引领法治发展的科学效果，是否真正成为“中国法治评估的试验田。”以下几组现实问题仍需回应与商讨。

（一）法治评估的制度指向混乱问题

与法治的实践需求相呼应，人们对法治的认识历程，可以概括为正名法治、定义法治和量化法治三个主

^① 《中国法治发展报告》关注重点的转变可从每年目录的变化中发现。2003年报告中突出强调个案形式的“热点问题报告”，而到2008年、2009年法治改革、法治建设、法治实践成为报告的主体内容。2011年、2012年更是将实证调研、指标数据资料作为其重要组成，在“国情调研”和“地方法治”栏目中列入部分全国性量化数据和区域性量化数据报告，体现了法治研究方法的创新和突破。

^② 参见戢浩飞：《法治政府指标评估体系研究》，载《行政法学研究》2012年第1期；包万超：《法治政府的标准及其评估体系》，载《湖南社会科学》2013年第2期。

^③ 参见袁曙宏：《构建中国法治政府指标体系》，载《中国法律》2007年第1期；廖奕：《法治如何评价？——以地方法治指数为例》，载《兰州学刊》2012年第12期；钱弘道：《余杭法治指数的实验》，载《中国司法》2008年第9期；前注^①，戴耀廷文。

^④ 璩静、张乐：《量化法治，杭州余杭出炉内地首个法治指数》，载《新华每日电讯》2008年6月15日第1版。

^⑤ 参见志灵：《“法治指数”无法衡量所有的法治现状》，载《法制资讯》2008年第4期；陈林林：《法治指数中的认真与戏谑》，载《浙江社会科学》2013年第6期。

^⑥ 参见姚建宗：《法治指数设计的思想维度》，载《光明日报》2013年4月9日第11版。

^⑦ 参见朱景文：《中国法律发展报告——数据库和指标体系》，中国人民大学出版社2007年版，第二篇“法律实施”，第171页—453页；朱景文：《中国特色社会主义法律体系：结构、特色和趋势》，载《中国社会科学》2011年第3期。

^⑧ 参见张禹：《立法后评估主体制度刍议》，载《行政法学研究》2008年第3期；丁贤、张明君：《立法后评估理论与实践初论》，载《政治与法律》2008年第1期；刘松山：《全国人大常委会开展立法后评估的几个问题》，载《政治与法律》2008年第10期。

^⑨ [美]克利福德·吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，邓正来译，载梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第73页。

^⑩ 参见前注^①，钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟文。

题环节,它们既共时共存,又陈陈相因。量化法治的重要特征在于其实践性,而其实践性的前提和基础在于定义法治。如果说正名法治即中国为何推行法治已经达成共识的话,定义法治即什么是法治的问题历经千年,世界范围的学者们经历了简单到复杂的思考过程而终未形成统一观点。马克斯·韦伯、富勒等人对法治的抽象界分也多集中于形式法治而非实质法治,蕴含价值评判功能的实质法治无法达成共识也可能与世界各国、各地的地方性知识的差异相关,这也直接导致研究者采取体制性进路进行法治评估成为可能引发争议较小的从优选择。

而就体制性进路而言,因其以制度结构要素作为指标划分的依据,研究的基点即制度指向尤为重要。但在法治评估方面,实践面向上的制度指向仍存在模糊和混乱的问题。当前中国法治指标的制度指向中常用的三组概念,即法治国家、法治政府、法治社会。这三个概念单独使用时,法治国家可指整个公权力的法治化;法治政府既可指广义政府行使国家公权力的法治化,也可指狭义政府行使国家行政权的法治化;法治社会既可指广义社会的法治化,也可指狭义社会的法治化。而这三个概念在同一时空使用时,法治国家指整个国家权力的法治化;法治政府仅指国家行政权行使的法治化;法治社会仅指政党和其他社会共同体行使社会公权力的法治化。^①可见,法治国家与法治政府的区别在法治国家主要指向国家的基本制度、权力配置等基础性内容,法治政府则主要指向行政机关,而法治社会还包括整个的非政府层面的、社会上的各类问题,主要有社会事务的管理、社会组织、社会生活,涉及社会安全、社会矛盾处理、社会福利等诸多内容。它们所关注重心和范围存在细微的差异,而由此延伸分类而出的法治指标也难以在范围和内容上达成一致。

而在中国各地法治评估实践中,分别以此三组概念为基础形成了林林总总、形形色色的各类指标体系,甚至已经出现了各自为战或者混合使用的局面。无论在时间维度还是在空间维度上,中国各地法治指标的体系结构和内容向度均尚未达成统一与规范的标准。正如克里福德·科布和克雷格·里克斯福德所言“有效的指数需要一个清晰的概念基础”,^②显然我们尚未达成。

(二)法治量化研究方法的功能局限

法治量化评估有助于衡量和评价法治状态,但是量化研究方法亦存在先天不足。量化研究具有描述普遍性和整体性的功能,涂尔干在《自杀论》用社会事实的因果关系分析反常的自杀,得出当个体同社会团体或整个社会之间的联系发生障碍时,会发生自杀现象的结论就是很好的例证。^③但是量化研究自身具有局限性,如果未得到恰当和谨慎的使用,就可能形成不科学、不真实的结论。其一,量化研究本身的价值维度;“经验科学不能教给某人他应当做什么,而是只能教给他能够做什么,以及在具体条件下他想要做什么”,^④在量化研究资料的收集和统计分析中可以通过技术手段做到价值中立,但指标确立却必然面临价值判断和选择,如何保证法治指标尊重法治基本规律并如实反映社会现实?公众的参与与利益相关者的会晤可以是保证民主和公正的最好方式,指标的设置程序需要更好的公众参与过程,^⑤而中国各地评估实践中法治指标的设置明显缺少公众参与的内容,更没有公众建议并达成共识的环节。其二,以定性判断为前提导致同类指标的数据缺乏可比性;指标的设置前提主要指对影响调查目标实现的各种要素的认定,这些要素判断很大程度上影响到指标设计的内容及不同区域间同类目标的可比较性。以余杭法治指数为例,研究者将指标设计前提定义为“地区经济政治体制、法治发展水平等差异”,这种模糊的定性判断使余杭指标的成果在全国范围内进行推广成为难题。其三,指标自身不能完全反映法治现实;指标可以将复杂的信息数量化或图表化,帮助我们理解复杂事物的整体样态。但每一个指标都是一系列复杂事件的有缺陷的代表,即使最好的指标也只是对背后现实片段的测量。^⑥如果盲目的推崇法治指标而放弃其他方法,将可能导致对指标背后的法治现实形

^① 参见姜明安:《论法治国家、法治政府、法治社会建设的相互关系》,载《法学杂志》2013年第6期。

^② [美]克里福德·科布、克雷格·里克斯福德:《社会指标的历史教训》,宾建成译,《经济社会体制比较》2011年第5期。

^③ 参见[法]埃米尔·迪尔凯姆:《自杀论》,冯韵文译,商务印书馆2008年版,第258—302页。

^④ [德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,李秋零、田薇译,中国人民大学出版社1999年版,第4页。

^⑤ 前注^②,[美]克里福德·科布、克雷格·里克斯福德文。

^⑥ 参见前注^②,[美]克里福德·科布、克雷格·里克斯福德文。

成错误的认识。事实上,在量化方法诞生的社会学、经济学领域,量化方法的有限性早已形成共识,^⑤尤其是在社会指标的设置和使用上,也往往结合定性方法,以保证调查结果的真实性和深入性。

(三)法治评估数据的独立性与监控缺失

法治评估的真实与有效不仅源于指标设计的合理性和科学性,是否能够真实的收集资料、获取样本更是法治评估成功与否的关键,甚至决定了评估活动的价值和意义。目前,中国法治评估实践活动对数据收集的价值与作用有所忽视:其一,抽样方法的混乱;抽样是一种选择调查对象的程序和方法,抽样调查本身必须有整套严密思索且符合数理原则的选择程序才能保证调查结果的使用价值。科学合理的法治评估问卷,只有通过概率抽样方法从整体框中抽取样本,才能保证样本的代表性和推论总体的可能性。其二,样本数据质量监控问题。样本数据的真实性可能是量化研究最关注的操作问题,就余杭法治指数而言,客观数据来源于相关机构的统计数字,其数据的真实性处于无监督状态。其三,研究人员的独立性问题。世界正义工程采用的是第三方介入的方式,而在余杭法治评估中则转变为政府合作模式,政府既是被调查主体,又是与专家学者配合的资料收集主体,还是保证资料真实性的监督主体,尽管这与我国政府主导型的评估现实有关,但由此对数据的真实性产生怀疑也是合理的。特别是法治评估的结果用做评估官员表现的依据,那会促使被评估的官员对法治评估进行干预,令评估的可行性及公正性受质疑,^⑥甚至容易成为投机者和政绩工程的工具,损害我国现行法治的良性运行和渐进发展。

(四)区域化、行业化法治评估模式的正当性质疑

中国当前的法治评估呈现明显的区域化和部门化特征。而所谓的“县际竞争”式的经济发展模式是否能够适用于法治评估,由各地政府主导或参与的法治评估会不会产生自己做自己裁判的后果,现实中是存在这种可能性的。^⑦事实上,无论法治国家、法治政府还是法治社会,法治评估最具现实性的价值一直是在全国范围内形成规范统一的法治评价标准,能够实现对各地、各行业之间的互比互评。不能实现区域对比的法治评估,很难在国家层面上梳理和查找法治进程中的疏漏与问题,也很难承担起推动中国法治进程、成为法治发展的增长点角色。法律制度的国与国之间移植方面考虑本国的地方性知识和本土资源自然无可厚非,但具体到国内的不同地区,过分强调彼此间的差异则可能会误导本身具有同质性的法治模式,导致各自法治评估的自我衡量和自我满足,从长远来看不利于中国法治的全局评价和整体发展。此外,特定区域内法治评估的纵向比较,也往往会出现以法治情境的变迁为由对法治指标作出改动,这种指标变动也会促使法治评价结果的“合目的化”和“非客观化”。克里福德·科布和克雷格·里克斯福德提出,“如果你控制了资源,你就有可能从指标走向结果”,^⑧法治指标丧失科学性的同时也极易出现“操纵的结果”。更严重的是,这种区域性和行业性法治指数甚至可能成为地方或行业竞争的工具,形成法治割据或法治割裂局面。

四、中国本土法治评估模式的反思与探索

不可否认,以余杭指数为代表的法治评估工作已经走在实践的前沿,对了解特定地域的法治状态也起到一定的描述和评价作用。而作为法治评估的“试验田”,是否在更大范围内甚至在全国范围内得以普遍推广才是衡量实验成绩和评价实验效果的标准。本文对中国法治评估实践中存在问题的商榷与探讨,绝非否定该方法明辨和助推社会主义法治进程的功能与作用,而是在结合法治理论的规律性与中国法治建设的本土特征的前提下,对法治评估的有效适用作出更切实、深入的探索,以促使法治评估真正关照中国的法治现实,成为衡量和评价、甚至助推法治的有效工具。

回到定义法治阶段,法治的发育与成长具有渐进性和进化性的自我完成特征,法治的形式内容,诸如各

^⑤ 参见尹海洁:《科学的方法应予以科学的应用》,载《社会学研究》2000年第6期;风笑天:《社会学方法二十年:应用与研究》,载《社会学研究》2000年第1期。

^⑥ 参见戴耀廷:《法治评估的理论与应用》,载《光明日报》2013年4月9日第11版。

^⑦ 按照张五常的观点,“县际竞争”具有合约竞争的特点,存在市场的介入和资源配置的竞争机制,而郑京平更是评价了这种区域经济竞争的弊端。笔者认为法治评估不同于经济发展,一旦其成为区域竞争的焦点,也就丧失了评价的中立性和客观性,而变成标榜地方政绩的工具,这点不可取。参见张五常:《中国的经济制度》,中信出版社2009年版,第158—170页;郑京平:《“中国”县际竞争”发展模式的利弊分析》,载《中国国情国力》2010年第9期。

^⑧ 同前注^⑦,[美]克里福德·科布、克雷格·里克斯福德文。

类法规的制定、机构的设置等较易确立,但法治的实质要素包括公平、正义、自由等基本原则的形成则需要漫长的过程和公众意识的觉醒。所以,在法治评估的建构问题上,我们要摒弃跳跃式的法治憧憬,秉承理性和谨慎的态度,以渐进的方式不断尝试、修正,以建立健全法治评估指标,完善法治评估的方法。具体而言:

(一)法治评估应明确自身的制度指向

当前法治指标的确定究竟是以“法治政府”、“法治国家”还是“法治社会”作为制度指向,各地各行业的做法存在差异,导致了指标内容和范围的大量争议,例如公众参与和民主决策是否列入等问题,这些争议可通过明确制度指向予以消解。在采取何种制度指向作为法治评估基础这一问题上,我们应当对三组概念的适用性作出分析。郭道晖提出法治国家是国家机器的法治化和民主化,法治社会则是整个社会的法治化和民主化,建设法治国家的同时也要求法治社会的形成。^①可以看出,法治社会偏重非政府层面和社会民众生活中的各类问题,具有自生性、渐进性和规律性,而中国的法治发展时间较短,在现实中是否已经形成法治社会要求的成熟的公民意识和权利观念仍处于争议和讨论的范畴,而就指标的有效性而言,脱离或高于中国法治实际的指标难以保证量化数据的区分度,评价效应不大或不明显。而且,以法治社会为基础建立的法治指标内容涵盖面过广,甚至与现有的部分社会指标出现重叠的问题,^②也可能造成评估成本的重复损耗。而法治政府的提法局限于依法行政问题方面,虽有多年形成的经验材料,但其覆盖的范围过于狭窄,甚至无法反映出我国法治建设的基本结构和法律体系的静态结构与动态运行之全貌。法治国家强调公权力的配置,简单而言更突出立法、司法和执法阶段的法治状态。由于依法治国方略已经推行多年,在各地各行业也已经形成更多的经验材料、基础数据和本土作法,例如立法后评估的广泛开展、部分地方法院早已在本系统内部推行法官绩效量化考评等等,可以说,以法治国家作为基础进行法治指标体系的建构和适用有了相对成熟的实践基础,同时也更具有现实性和操作性。由此出发,在立法、执法、司法和公众评价领域按照层级的划分来设计指标、分解指标,在国家层面上形成具有规范性和统一性的法治指标的理论框架,保证了在全国范围内各地区各行业的法治指标具有可比性和参照性。

(二)法治评估方法应兼顾量化和质性

法治作为抽象的理论概念是否具有量化的可能性?这个问题已经毋庸置疑,余杭法治指数的研究者也提出“法治很难绝对量化,但也不是说绝对不能量化”^③的观点,这正是诸多学者怀有的期冀,期望能够通过量化方法实现对法治发展状态的准确认识,这是一种建设性的态度。但是,量化方法使用更应当考虑到限制性因素的制约作用,否则法治评估可能会流于形式。而有效解决量化有限性,实现法治评估有效性的方法在于兼顾量化与质性方法。首先,应当扩展量化指标的深度和前瞻性,将量化延伸至法治指标的前置环节;对法治评估的前提条件,例如经济、文化、政策、民族等因素应当通过变量的设计和权重的分配作出调整而实现变量化,保证在全国范围内进行法治评估的跨地区比较成为可能。其次,以重大问题为标靶融入定性研究方法;世界正义工程法治指数在法治评估中提倡兼用定量和定性的方法来复检研究结果,香港法治评估的研究者也认为同一套数据可有不同的解读,不能直接推算出一个法治指数。而质性研究通过采取实地体验、开放型访谈、参与型与非参与型观察、个案调查等多种方法,^④可助于明确量化数据结论的价值指向。而且,在定量研究实现对整体的描述与比较的同时,质性研究还可以将视点集中于特定区域、特定时段、特定人群甚至个案问题,以保证对法治重大问题或事件的深度了解和剖析,这也是单纯的量化方法无法比拟的优势。

(三)法治评估应当建立规范的监督复核程序

在法治评估中,“变量的操作化、样本的删除等细微差别,都可能会导致结果很大的差异”,^⑤法治评估的

^① 参见郭道晖:《法治国家与法治社会、公民社会》,载《政法论丛》2007年第5期。

^② 社会治理评价指标体系中包括社会公平、社会保障、公共安全等指标,与法治社会涉及的社会安全、社会矛盾处理、社会福利等方面有考评内容上的重叠。“中国社会管理评价体系”课题组、俞可平:《中国社会管理评价指标体系》,载《中国治理评论》2012年第2期。

^③ 同前注①,钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟文。

^④ 参见陈向明:《定性研究方法评介》,载《教育研究与实验》1996年第3期。

^⑤ 陈云松、吴晓刚:《复制性研究——社会科学定量分析新趋势》,载《评价与管理》2012年第4期。

科学化和常态化更需要良好的监督与复核机制。首先,样本数据的质量监控方面;针对法治评估的客观数据,研究者根据被调查机关提供的数据,可以通过对数正态分布检验法、奔福德定律检测等技术对异常数据进行识别,还可以随机抽取部分数据提供机构进行数据原始材料的复核;而主观数据则可以通过随机抽取问卷进行回访作出复核。其次,对法治评估活动本身的复核;研究者作为法治评估的主体,其对样本数据的分析和判断活动也应具有可评估性,这点在美国的定量研究领域已经广为提倡,例如《美国经济学评论》要求作者必须提供论文相关的数据和程序代码。^④ 法治评估建立数据公开和开源机制,可以排除研究者倾向于特定模型而推导出符合自己意向结论的嫌疑,也有助于避免“数据游戏”的出现。而且,数据公开机制也有助于多元主体介入到法治评估研究中,促使评估主体的多元化,也是对评估实践的丰富和充实。

(四)法治评估应当具有开放性和纠错性

法治指标体系具有“嵌入性”的特质,^⑤其既是评价法治的机制和方法,同时又嵌入到法治进程当中,构成法治建设的一部分。而法治本身会根据社会情境的变化而产生动态和连续的细微变化,如果法治评估长期保持静态,就可能会出现不适应法治发展需求的后果,也可能因无法兼顾时间维度差异而产生的新问题、新情况。事实上,国外法治评估实践已经充分认识到这一点,例如世界正义工程的法律治理指数自2008年提出以来每年都会作出修改和补充。所以,法治评估应当具有开放性和纠错性,可以适时调整。法治评估内容的调整应当考虑社会公众的参与,而非仅局限于专家群体。例如,评估设计方案可以参照立法草案讨论的形式,将指标划分和计量方法的拟定标准通过网络或书籍等形式公诸于众,民间组织或学者公众均可以就草案集思广益,基于判断或自行调查对法治评估的疏漏和不适应法治需求的指标内容提出建议,这种做法不仅会促进法治指标自身的修改与完善,更会间接推动民众法治和权利意识的发育与觉醒。

此外,在调查主体多元化或者调查内容多样化的同时,需要注意的是,特定时间段不同地区的评测指标上还需要保证一致性,否则又会再度出现区域分割性的法治评估局面,不利于法治评估的稳定性和统一性。至于个别指标的争议或特定区域的地方性要素,可以在统计分析的时候进行变量的单列说明或通过统计技术以量化赋分差的方式作出处理,也可以通过质性方法获取特殊个案资料对争议事项或争议数据信息作出补充和解释。的确,法治指标很难承载法治的实质特征和价值追求,但量化的手段可以分析测量法治建设的运行现状与发展规律,发现问题与查找缺漏。保持法治评估体系的开放性和纠错性,从长远来看,可以实现对中国法治的动态运行作出真实而全面的认知,促使社会主义法治建设在全方位得以推进与提升。

Abstract: The formality of Chinese assessment of rule of law is based on relevant theories, techniques, institutions and reality. Besides, introduction of foreign types of assessment on rule of law constantly attracts the attention and heated discussion of Chinese scholars both in legal and practical research field. Therefore, Chinese assessment activities of the rule of law have been gradually unfolded. However, such problems still can not be ignored in Chinese assessment of the rule of law in practice, such as chaos of institutional directions, limitation on function of quantitative research methodology, deficiency of independent and valid monitoring data etc. The construction of evaluation index system of the rule of law with Chinese localization should confirm institutional directions, apply both quantitative and qualitative methodology, establish supervision and revision procedure in assessment of the rule of law and keep its characteristics of openness and error correction.

Key Words: The Assessment of the Rule of Law; Quantitative Methodology; Index of Assessment of the Rule of Law; Openness

(责任编辑:徐亚文)

^④ 同前注^⑤,陈云松、吴晓刚文。

^⑤ 波兰尼将提出“嵌入性”用于解释经济活动与社会的关系,这一概念因深刻而抽象而得到更广泛的适用。法治评估不能脱离法治,不能脱离法治所依赖的社会、经济关系,同时也相互作用。参见卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第49页、50页。

形式公正理性引领下法治变革的价值取向

——以韦伯形式理性法治模式为分析框架

张德森 张 琼

(中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073)

摘要: 马克斯·韦伯经典的形式理性法治观以理性行为理论和正当支配理论为基础。理性行为观以人的行动取向为视角,把社会行为分为工具理性的行为和价值理性的行为,为法律思想的分类提供理论依据。正当支配理论提出三种正当支配类型,即官僚制、家产制和超凡魅力统制,为形式理性法的构建提供制度基础。通过阐释两大经典理论对形式理性法治形成的影响,韦伯肯定形式理性法对现代国家的独特价值。形式理性法具有可计算性和可预测性,且离不开理性教育培养的非人格性官员从内部维护法律体系的理性程度。韦伯的形式理性法治观对受实质非理性的传统社会影响的现代中国法治变革具有启发价值,但绝对的形式理性法也存在弊端。因此,我国法治建设既应追求实质正义的实现,也应充分汲取形式理性法治的合理成分。

关键词: 韦伯;合理性;形式理性法;法治变革;价值取向

中图分类号: D90 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-8477(2016)06-0137-07

DOI: 10.13660/j.cnki.42-1112/c.013635

法律理性化是韦伯法律社会学研究的一个重要论题。理性不仅存在于社会、经济、宗教中,还存在于法律中。依据启蒙时代以来的理论和学说,理性与法律之间具有天然的选择亲和性,两者相互联系、相互作用共同推动社会的发展与进步。但是,现实中各国立法者对事物认识的理性化程度不同,导致各国在不同的社会制度下实施不同的法律制度。韦伯分析后认为,西方资本主义社会实施的是形式理性法,而传统中国则处于实质非理性法的制度中。这一分析不无道理。当今中国正处于法治变革的全新历史时期,因此,深刻认识韦伯的形式理性法思想,把握法治的核心理论内涵,汲取历史与现实的经验教训,对进一步认识和反思

当今中国法治变革的价值取向,意义显著。

一、两大根基:形式理性法治观形成的理论基础

要探索韦伯的形式理性法究竟对现代国家具有怎样的独特价值,必须结合其社会学理论,并完整地理解其形式理性法的核心理论渊源。

1. 理性行为理论。

韦伯认为通过个人理性行动的叠加可形成具有代表性的群体行为,从而挖掘出群体理性规律。韦伯研究者莱因哈特认为,韦伯所要分析的主要对象不是人的行动,而应是他们在行动背后的思想。每个人既有理性又有激情,我们必须找出在理性背后的激情和激情背后的理性。^{[1](p420)} 苏国勋提出

作者简介: 张德森(1965—),男,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师;张琼(1986—),女,中南财经政法大学法学院博士研究生。

基金项目: 2015年度国家法治与法学理论研究项重点课题“第三方立法评估制度研究”(15SFB1001)的阶段性研究成果;中南财经政法大学研究生教育创新计划项目;中央高校基本科研业务费专项资金项目(2015B0612)。

其理性是与感性、知觉、情感和欲望相对的能力，凭借这种能力，基本的真理被直觉地加以把握。据此，他认为韦伯的理性思想是指基于实践理性的近代西方法律体系的本质属性。^{[2](p218)}

在人的理性行为取向问题上，韦伯把社会行为取向分为四个方面：工具理性的取向、价值理性的取向、情绪性的取向以及传统性的取向。^{[3](p114)}李猛把韦伯的理性行为理论概括为社会理性化与伦理理性化。^{[4](p147)}显然，前二者属于社会理性化，后者属于伦理理性化。德国学者施路赫特认为，韦伯的理性主义有三种含义：首先，理性主义是广义上的“科学—技术”的理性主义；其次，是指一种“形而上—伦理”的理性主义；最后，是指一种有系统、有方法的生活态度，即“实际”（实用）的理性主义。^{[5](p5)}韦伯根据不同的理性程度把法律思想分为形式的和实质的。在法律制定与实施的过程中，形式的法律制度又分为形式合理的法和形式不合理的法，实质的法律制度包括实质合理的法和实质不合理的法。

2. 正当支配理论。

秩序与规则是社会学与法学共同关注的内容。韦伯认为，“只有当行为以明确的‘准则’为取向时，一种社会关系的内容方可称为‘秩序’，而具有正当性的秩序比由于纯粹的工具理性动机而被遵守的秩序以及纯粹习俗基础上而坚持下来的秩序要稳定。”^{[3](p31)}秩序的有效遵从建立在服从与支配的关系上，支配必须建立在正当性基础上。支配者的命令权应当具备一定的正当性，否则被统治者将不会遵从。而命令权的基础就是对权威的服从，如臣民对君主的服从，个人对领袖的服从，公民对法律的服从。在韦伯的视域中，命令权的正当性具有三大基础，即理性制度、传统权威以及个人的超凡魅力。

三种正当性基础对应三种社会支配结构及其发展出来的三种法律思维形式。其中，法理型统治下的官僚制是受理性规则支配的社会制度。韦伯认为，官僚制在纯技术层面上优越于任何其他形式的组织，高度发达的官僚机器犹如一套机械装置。现代官僚制的优势在于：精确、迅速、明晰、档案知识、连续性、酌处权、统一性、严格的隶属关系、减少摩擦、降低物力人力成本。^{[3](p113)}这种内部

高度一致的社会制度为理性化法律的建构与实施创造温床。司法的官僚化要求司法人员坚持既定合法的司法程序，这一规则为形式法治的实施提供保障。

二、形式理性：韦伯形式法治观的核心内容与特征

韦伯把理性的社会行动取向分为工具理性的和价值理性的两个方面：其一，工具理性行为具有一个明确的目的，通过精确的计算以及规范化的过程可达到一个可预测的目的，如司法程序对诉讼当事人的引导。其二，价值理性行为与之不同，它不计较后果，更注重其中牵涉的情感、意识形态或伦理道德等。相应地，在韦伯的法律思想中，工具理性行为对应于形式理性法律行为。形式合理性意味着把一般特性考虑在案情中，寻求具有普适性的规则。价值理性行为则体现为实质合理行为，即把道德、功利乃至宗教等因素杂糅进司法审判中。

1. 形式理性法的内容。

形式意味着构建具有普遍适用的社会规则，而韦伯对理性的认识在不同情境中具有不同意义。在行政制度中，高度理性的现代官僚制如同运作的机器般坚守合法规则，所以法律制定与实施过程被理性化、机器化才可能接近理性。法律形式主义要求法律制度能够像一部具有技术理性的机器那样运转，保证制度内部的个人与群体拥有相对最大的自由度，并使他们得到越来越多的机会去预测自身行为的法律后果。^{[3](p946)}在形式理性主义思想的驱动下，实施法律的程序必须具备高度理性化特征。

韦伯将法律形式主义分为两种不同类型，即外在特征的法律形式主义和逻辑抽象方法的法律形式主义。一般而言，事实的外在特征具有多样性，如发言、签字或实施某种具有确定意义的象征性行为等可感知的感官素材。^{[3](p799)}逻辑抽象方法的形式是法律有效性的一个判断。符合逻辑合理性的法律其内部是高度一致、统一、无矛盾甚至是无漏洞的，该形式也被韦伯视为最高理性形式。此不同的是，在实质合理形式中，法官裁决问题时通常都会受到规范的影响，这种规范并不一定具备逻辑合理性，它也许是价值理性的，也许是目的理性

的。^{[6](p321)}

2.形式理性法的特点。

韦伯对形式理性法的论述散见于其社会学和法学论著中,可归纳出三个显著特点。

第一,独特性。韦伯从多个方面论述了形式理性法之于西方社会的独特性,资本主义经济与支配制度是尤为重要的两大影响因素。一方面,资本主义经济发展对形式理性法的需求。资本主义商业的发展推动了商人法的诞生,只有具备专门知识的律师才能在规则博弈中充当代理人。对利益的维护要求法律程序固定化,不应考虑制度以外的因素,代理人才可根据规则制定应对之策并预测审判结果。韦伯视理性主义的西方经济是培育形式理性法特有的土壤;另一方面,支配类型影响着法律理性化的实现。韦伯提出正当支配具有三种纯粹制度——理性基础上的官僚制、传统基础上的家产制以及超凡魅力基础上的个人统制。西方资本主义国家拥有一套高效率运转的现代官僚制。行政官员只对国家利益负责,而不崇尚统治者个人,即便更换了最高领导人,这套制度下的人员仍能如常运行。但韦伯时代的中国仍处于前官僚制阶段——家产制统治中。家产制中的官员从内心敬畏统治者的权威,并接受统治者授权,因此官职被视为统治者认可与恩赐官员的一个重要表现。在司法实践中,中国法律在解决纠纷时也不完全遵循模式化的诉讼制度,而是注重情、理、法等法源的多元性,官方审判与民间调解等法律程序也是多元的,它们彼此间既矛盾又并存。^{[7](p116)}当然,除此以外,政治、社会、文化等因素综合起作用决定了韦伯时代的西方为形式理性法的独有地。

第二,可计算性。形式理性法的可计算性来源于其经济基础——资本主义经济,和支配基础——官僚制的可计算性。经济行动的形式合理性被用来指称在技术上可能的、并被实际应用的量化计算或核算的程度;实质合理性则是指按照某种终极价值观的标准、通过以经济为取向的社会行动向既定人员群体供应货物的程度。^{[3](p182)}一个行动的理性技巧在于所支出的手段和结果关系上达到了最优化,而科学知识乃是最高合理性程度的理性技巧。^{[3](p159)}从这层意义来看,工业革命对西方资本主义经济的理性化起到了推动性作用。蒸

汽机的改良、煤铁钢等矿产资源的技术性开采完成了机器取代人力的生产方式。以效率为核心的现代科层制的发展帮助资本家以最小的成本获取最大的剩余价值。就官僚制而言,它具有优于其他组织形式的纯技术特点,具有标准化的运作方式。韦伯认为官僚化提供了一种最大的可能性——按照纯客观考虑去贯彻行政职能专业化的原则,也即按照可计算的规则履行职责。在法律领域中,只有官僚制为实施依据“规章”加以概念系统化的理性法律确立了基础。^{[3](p114)}

第三,离不开理性的教育与技术人员。官僚体制下设立的教育机构专职于培养行政理性人。现代官僚制得益于理性的教育与训练。由此培养的法律人员可以从内部建构法律的形式理性。专门的法律教育可引导法律人员按照形式主义要求进行审判。专业化考试成为教育机构官僚化的一个重要标志,但这并不意味着实行专业考试的统治形态就是官僚制。例如,中国的科举考试只是为家产制的封建社会选拔忠于君主的侍臣。

三、法治问题:中国形式法治的扭曲

我国传统法律制度对实质结果的终极追求及对形式主义的忽视为我国现代化法治建设遗留了一定问题。从历史经验来看,我国法治实践多以追求实质正义价值为最终目的,常不拘泥于审判形式或不依据法律条文,比如包公式先斩后奏的审判方式,具有传统型特征的乡绅、家长依据乡规民俗判案,具有“克里斯玛型”特征的马锡五式判案方式等。虽然我国正不遗余力地建设法治社会,但部分司法人员仍受传统法治思想中“重实质,轻形式”的影响很深。近年来纠正的冤假错案,如呼格案等,大多都存在办案手段形式不合法现象,这充分说明对形式法治的忽略最终也不利于实现实质正义,而且过度追求实质正义反而会导致正义的自戕。从形式法治理性角度看,目前,我国法治建设中仍至少存在以下三个方面的问题:

第一,立法程序欠规范。立法的过度实质追求表现在仅关注法律的有或无,往往忽视对立法程序的遵从,偏离立法目的。由于立法过程缺少公民的参与,部分立法主体主要从便于执法者的角度制定法律,而鲜少考虑被执行者的情况。对行政主体约束少、对行政相对人处罚多的法律将导致执

法方便、守法困难的局面。存在上述现象的一个重要原因在于立法过程受到立法者的主观价值影响,不能理性地遵循立法程序并排除主观干扰因素。利益片面化的法律不能如实反映群众需求,且缺乏实效性与可预测性。而可预测性与可计算性是形式法治的一个重要特征。立法主观化及对立法过程的忽视是与形式法治客观性要求背道而驰的,更难以保障立法效果的实现。

第二,司法缺乏独立性,司法人员理性程度低。司法程序中的非理性因素造就的不规范司法行为严重干扰司法程序的完整性及公正性,如审判中对当事人身份的考量、对法律的选择性适用等。不可否认,审判中身份成分的影响仍大于契约成分。身份化的关系是维系人情的纽带。关系对于获取紧缺的资源、疏通僵硬的制度约束乃至利用规章制度的弹性获取自己的最大利益均至关重要,甚至可能凌驾于国法国规之上。^{[8](p64)}这一现象在司法活动中也存有空间。例如,吉林省郭学宏法官因为不听领导“招呼”,依法办案,遭到撤职。由其审判的案件被吉林省纪委下设机构——省整治和建设经济发展软环境领导小组办公室认定案中有错。^[9]该案例是典型的非理性因素——人情关系,干预司法审判的表现,也反映了当前我国司法权受制于行政权的情况。司法独立不仅在于机关的独立,更仰赖于司法人员的独立。除了行政机关干预司法的情况,掣肘司法人员独立的另一个原因在于我国专门教育的理性程度不高,不能培养出严格遵从形式的理性人员。不公开审判过程,违法执行强制措施,违法取证、查封扣押冻结相关财物等行为都是对形式法治的极度扭曲。

第三,执法主体理性程度不足,执法过程不规范。正如十八届四中全会《决定》所指出的,“法律的生命力在于实施”,而法的执行的灵魂在于执法人员。执法程序的规定犹如数理公式具有可遵循的推导方向,当事人依据程序规定可预测执法结果,但最终的执法效果取决于执法主体。受情感或传统行为取向驱动较大的执法人员更易受法律以外的因素影响而脱离执法程序的轨道。执法的不规范可能导致权责脱节、法不服众、执法利益化等恶果。具体来说,执法过程的不规范包括执法过程不严格、不透明、选择性执法、多头执法、钓鱼执

法、报复性执法等行为。选择性执法是典型的非理性执法的表现之一,并存在于多个领域,它是指执法主体因为执法客体身份的不同,根据个人价值判断而区别对待执法客体的执法方式。执法过程的理性程度低将导致我国行政执法不能如同高度运作的机器般标准化运作,执法主体过度的个人价值取向不仅是对形式法治的罔顾,还无法维护实质法治的实现。

四、价值引导:形式理性法治观对我国法治变革的启示

韦伯对传统东方与近代西方国家进行对比研究后认为,东方国家不具有培育理性社会的土壤——法理型支配制度和资本主义经济,所以不存在高度理性化的形式法治。但这并不意味着现代中国完全不存在理性法治的因素。西方法制引入中国已一个世纪之久,法治社会的建设有目共睹,尤其中共中央十八届四中全会首次确立以依法治国为主题,法治成为社会治理的重要手段。十八届四中全会公报表明,我国法治改革逐步呈现理性化状态,如全会要求我国法治专门队伍正规化、专业化、职业化等。

1.立法价值取向:立法非人格化。

韦伯把新法律的出现归结为两种方式,即制定法律和发现法律。制定法律意味着创造或发明以前不存在的、新的法律规则,而发现法律则是法律规则早已存在于自然只是不为人所识,法律被发现后人们只需去适用法律规则。在法理型统治中制定法律和发现法律是存在明显区别的。制定法律是创设普遍规范,发现法律则是这些规范对具体案件的适用。^{[3](p795)}法律具有建构性,法律的制定有赖于一定的法律技术。立法技术手段的理性或无理性决定了法律思维的形式。在超凡魅力权威支配型社会中,法律因个人喜好而生,且无理性,如巫师制定规则或对规则进行解释,或者传统型社会的统治者可任意行使自己的权力创设法律。相反地,形式理性的立法要求严格遵照立法程序。行政官员制定法律必须无关个人情感、严格依照规则且只能在规则赋予的权限内行使权力。

经过长期的法治建设,我国已具备一套相对完整的立法程序,并通过法律条文对立法程序做了详细规定。2015年《立法法》的修改进一步体现

了我国立法理性化程度的提升,它不仅在内容上做出了一些实质性的修正,如地方立法权下放和征税立法权的回收,而且在科学性上进一步要求所立规范需具有可执行性和可操作性。而立法的可执行性与可操作性也是立法可预测性的表现。此外,立法机关的组织化为立法程序的客观化提供保障。我国立法机关及其权限已具备专门化、层级化特征,如法律由人大及人大常委会制定、规章由国务院制定、部门规章由各部门制定、地方法律由地方人大制定等。我国采取的是组织化决策模式制定法律,该形式可保障我国制定法律的形式客观性、民主性及科学性。虽然我国的立法理性程度在不断提高,但仍可从以下三方面进行改进。

首先,从规范理性角度看,我国立法活动应避免立法主体的个人情感干扰,明确立法权限,严格遵循立法程序。在西方历史上,罗马法的经久不衰以及英国大宪章的崇高地位彰显了理性化法律对西方社会的相对普遍适用性,而我国传统法律则无法适应现代社会的发展。二者截然相反的结果归咎于立法的理性化程度不同。制定非人格的法律对立法者的理性程度要求较高,因此理性化的教育及技术人才的培养至关重要。立法者的高度理性化要求其排除个人喜好,严格遵从立法流程,最终从内部强化法律的非人格性。正如马克思所说:“立法者应该把自己看作是一个自然科学家,他不是创造法律,不是在发明法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那么,我们就应该谴责他极端任性。”^{[10](p185)}

其次,立法权与行政权界限明确,严格限制威权式领导人对法律制定的独断性干预。依据我国立法的核心原则,立法应将国家和人民利益置于首位,而不以领导人或领导人意见的变动而改变法律,应使法律内部在逻辑上高度一致,形成严密的体系。个人权力不应触及法律体系与制度的红线,立法与行政不同体系内的人员应各司其职,避免越界。在祛魅的时代,现代官僚制的精密运转才更符合法理型社会的发展需求。

最后,进一步提高法律体系的理性程度。我国法律体系仍存在一些不完善之处,比如我国民法典的阙如就影响法律体系的完整性。韦伯受潘德

克顿法学派影响,提出法典编撰能够促进法律的统一和系统化。目前,法治发达的大陆法系国家大多具备成熟的民法典,如《德国民法典》、《法国民法典》等。受罗马法契约精神与高度发达的私法体系化思想的影响,韦伯认为,中国古代重刑轻民的法律特点导致了我国私法的不完整性,这也从侧面反映了法律体系受人为思想主导的严重影响。至今,由于多方面的原因,我国仍未颁布统一的民法典,这与我国经济与社会理性发展的趋势不相符,也不利于我国民事和经贸活动的深层次法治化。所以,我国应科学谋划、积极探索,努力制定一部既符合中国国情又具有世界引领价值的《民法典》,以弥补我国法律体系之明显不足。此外,统一的社会保障法、新闻法等相关法律的编纂也迫在眉睫。

2.司法价值取向:司法职业化。

被韦伯视为卡迪司法的封建中国司法具备实质非理性的特征,实体远重于程序,否定程序的价值。但我国现代司法不能再如前一般过分追求实质法治,形式法治的缺失亦影响判决结果的公正性。我国司法改革理性化价值可从以下两方面培育:

一方面,确保司法职业与司法权行使的独立性。我国司法改革正致力于去行政化以实现司法权的真正独立行使,但切实可行的举措仍在不断试验中。德国保障司法独立的关键在于实行法官终身任职制,确保法官职业不会被外界影响或干扰,为其专业性及客观性创造条件,法官的职责得以明确:在权责内为法律公正服务而非为个人利益服务;在组织内为机构运转负责而非为上级领导负责;在司法活动中保持严格的非人格方式而不加入个人情感喜好。韦伯认为,有保障的薪金加上不依赖偶然性和随意性的升迁机会,才能使一部官僚机器的严格机械化运行获得相对来说最大限度的成功,官僚机器的运转将比任何处于合法奴役状态的官员群体更加有效。^{[3](p107)}法官终身任职制不仅能保护法官不受经济与政治强权的影响,还是对法官职业生涯的认可。丰厚的物质待遇能够保障法官的思想纯洁。美国、巴西等地的法官即使退休后仍能享受优厚的退休金,但我国基层法院检察院人员的薪资由地方政府发放,财政上一

定程度受制于行政权力,实现司法职业的独立仍有阻碍。因此,我国应从体制上完全保障司法机关独立于政治、经济机构并保障司法人员的物质生活以激发其职业上的客观性。

另一方面,司法人员及法律教育的职业化。韦伯直言导致传统中国司法无理性的一个原因在于,中国没有像欧洲那样专门释疑解答的法律职业人员,也没有特别的法律职业训练。诚如其所言,中国封建社会的法律问题大都由行政官员一并解决,小到县丞大到御史、大理寺官员乃至皇帝。国家通过科举考试选拔出来的“审判者”皆未受过专门的法律职业教育,科举考试内容往往局限于“四书五经”类的古代文学与道德伦理哲学的范围内,少有法治思维之训练。现如今,我国已经初步建立具有中国特色的社会主义法律体系,司法机构也日臻完善,与以往社会不可同日而语。在现代法学教育中,大学将法学作为一门科学,对法律专业的学生进行理性的、严格的、逻辑的职业训练,法律职业教育也发展为精英教育。但是,目前我国相关法律中,司法系统人员任职条件的规定相对过于简单,缺乏深度资质要求,仅规定相关人员须获得法律职业资格证书及通过国家公务员考试,而并未对从业人员有法律教育背景的要求,所以部分司法人员缺少专业的职业素养。正在进行的司法系统“员额制改革”也没有从根本上解决这一问题。当然,在我国训练有素的基层司法人员还大量缺乏的中西部地区,要求当地现有的司法人员具备严格的法律职业教育背景不太符合中国的现实情况,但司法人员及法律教育的职业化仍然应该是未来我国法治改革的大方向。

3. 执法价值取向: 执法可预测, 执法主体理性化。

法令行则国治, 法令弛则国乱。法律的有效执行取决于执法主体理性的法治思想及规范化的执法行为。

一方面, 执法人员的理性化。形式理性法要求执法人员在法律执行过程中严格依照法律规定行事, 行为取向应是工具理性的, 执法人员应与法律规范保持逻辑的一致性, 不应考虑法律以外的因素, 如政治需求、情感、宗教等情感或传统因素的影响。诸如钓鱼执法等行为与形式理性法思维背

道而驰, 违反了法治的形式性与工具性。我国部分执法人员在执法过程中不惜违背法律程序获取证据, 是对形式法治的极度破坏。形式的不公正往往会导致结果正义的缺失。因此, 在思想上祛除魅惑、培养非人格的职业精神对我国执法人员必不可少, 这就要求执法人员在执法过程中须遵循高效便民、诚实守信、权责统一的原则。思想的理性化离不开理性的教育与专业化的考核, 在此之中培养出的行政人员从最初即被灌输理性思想, 在其后的具体工作中也能高度遵循制度规定, 运用理性手段维护形式法治。

另一方面, 执法过程的规范化。我国一些执法人员由于受传统观念的影响, 对形式法治的维护远远不够, 一些缺乏正当理性指引的办案方式仍然存在。行政调查取证、行政强制程序、行政裁量权等行政行为的实施必须严格遵守正当法定程序, 即执法过程须遵守合法行政、合理行政、程序正当的原则。此外, 执法监督有利于维护执法程序的完整性, 因为监督可对执法主体的违法行为或侵权行为起到防范作用。这种监督的来源不仅只局限于上级对下级的监督, 还可以是来自当事人或群众的监督, 如在一些具体行政行为中, 行政执法者进行罚款必须开具处罚决定书或违章罚单, 否则当事人可举报该执法人员的违规行为。遵守程序获取证据是对法律尊严的维护, 是对当事人基本权利的尊重。因此, 依照形式法治的理念, 即便最终获得可证明事实的关键证据, 但只要其获取的手段违法, 就必须予以排除。简言之, 实质正义的维护不应以破坏形式正义为代价。执法活动即使无法维护实质正义也不能牺牲形式正义。

四、结语

形式理性法治要求司法人员的行动取向应具有工具价值性。但是, 由于受封建社会“家产制”因素的影响, 我国司法官员的理性程度较低, 现实中的司法活动不能在法律轨道上稳定运行。法理型社会要求公职人员需具非人格性, 专门教育的高度理性不可或缺。党的十八届四中全会提出全面推进依法治国, 必须大力提高法治工作队伍的思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准, 也就是要求提高法治队伍中人才的理性化程度。只有依法办事, 程序公正才能保障法律正义的贯彻落

实与实现，才能保证民众对法治及法治社会的信仰，真正诠释十八届四中全会《决定》中所提出的“法律的权威源自人民的内心拥护和真诚的信仰”。

韦伯的形式法治观是时代的产物，对西方法治的发展产生了深刻的影响，但也存在一定的局限性，如韦伯把形式法治与实质法治相对立。他也意识到官僚制过渡化不会把人们引入天堂，而是如利维坦般的牢笼。所以，绝对维护形式法治会不可避免地忽略实质法治从而忽略个案的公正，这其中也有不可取之处。

纵观十八届四中全会对依法治国精神的诠释，其中具有理性的制度设计与理念层出不穷，如强调司法体制改革中的设立巡回法庭、非法证据排除、法无授权不可为、把权力关进制度的笼子里等，这些新的制度安排与思想理念说明中央已充分意识到形式法治的重要性。没有形式公正理性的法治，就不可能有实质公平正义的法治，这一思想也为我国的法治变革指明了方向。所以，实现良法善治既应保有实质正义的合理性，更应充分汲取形式理性法治的合理性。只有在理论上进一步深入挖掘韦伯法治思想的精华，才能更好地为我国法治建设现代化服务，并为我国社会主义法治国家、法治政府与法治社会的一体化建设贡献新的理论智慧。

参考文献：

[1][美]莱因哈特·本迪克斯. 马克斯·韦伯的思

想肖像[M]. 刘北成,译. 上海:上海世纪出版社, 2007.

[2]苏国勋. 理性化及其限制——韦伯思想引论[M]. 上海:上海人民出版社, 1988.

[3][德]马克斯·韦伯. 经济与社会[M]. 阎克文,译. 上海:上海人民出版社, 2010.

[4]李猛. 除魔的世界与禁欲者的守护神: 韦伯社会理论中的“英国法”问题[A]. 韦伯: 法律与价值[C]. 上海:上海人民出版社, 2001.

[5][德]施路赫特. 理性化与官僚化——对韦伯之研究与诠释[M]. 顾忠华,译. 桂林:广西师范大学出版社, 2004.

[6][美]邓肯·肯尼迪. 逻辑形式法律理性的“祛魅”或韦伯关于西方法律思想现代模式系统的社会学研究[A]. 马克斯·韦伯的《经济与社会》: 研究指针[C]. 上海:上海三联书店, 2010.

[7][台]林端. 韦伯论中国传统法律: 韦伯比较社会学的批判[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2014.

[8]陈刚. 法治社会与人情社会[J]. 社会科学, 2002 (11).

[9]吉林法官遭撤职后受访称如不能平反只能出家为僧. [EB/OL]. http://news.ifeng.com/shendu/nfrwzk/detail_2013_07/15/27518490_0.shtml, 2015-5-3.

[10]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社, 1956.

责任编辑 王京

借鉴域外经验 推进法治中国建设的理论研究

——简评《论哈贝马斯程序主义法范式
及其中国意义》

张德森

(中南财经政法大学 湖北 武汉 430000)

在当前全面推进依法治国的宏大背景下,关于法治中国建设的理论研究成为了学术界的重要主题。陆洲同志撰写并获得河北大学“中西部高校提升综合实力工程”资助的《论哈贝马斯程序主义法范式及其中国意义》(人民出版社2014年出版)一书,正是一部借鉴域外经验,研究法治中国理论特别是法治范式理论的佳作。作者同时以该书的基本问题域为基石,以《中国法治的范式研究》为题成功获得2014年国家社科基金项目的立项肯定。该书紧扣学术前沿,有不少创新之处,对于推进法治中国,既是有益的理论探讨与尝试,又具有重要的实践启示与意义。

第一,在法哲学的基本范畴上,该书拓宽了法范式的理论外延,丰富了法范式的涵义。范式是学界普遍采用的理论模型和分析工具,法范式是范式理论在法学领域内的具体运用,在当前的学术研究中一般仅指法学研究的范式,即进行法学研究的理论体系和研究方法的模型。但是,本书作者在德国著名学者哈贝马斯理论研究的基础上进行了深入研究,扩展了法范式的外延,明确提出法范式既包括法学研究的范式,也包括法治发展的范式。“法学范式侧重于法学学科的角度,通过法学专家基于共识而形成,以探索法学发展规律为目的,是一种纯粹理论建构的模型与方法;法治范式则偏重于法学实践的角度,通过法学专家、立法

收稿日期:2016-04-22 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2016年6月12日数字出版,全球发行

作者简介:张德森(1965-),男,湖北仙桃人,中南财经政法大学研究生院副院长,教授,博士生导师,研究方向:法理学、西方法哲学与立法学。

者、司法者以及所有可能的参与者通过商谈而形成,以指导法律实践和法治发展为主要目的,是一种侧重于制度建构的纲领与模式。”(第42页)可以说,在国内学术界,作者首次提出法范式是包含法学范式和法治范式的统一体,对法范式这个法哲学基本范畴进行了扩展与深化,对于法治基本理论的发展做出了自己的贡献,也对我国法治实践的发展具有明显的启发与指导意义。

第二,在法范式研究等主要内容上,该书详细梳理了西方的经典理论,并在此基础上提出了符合中国法治发展的理论与实践路径。该书首先对德国当代著名学者哈贝马斯的程序主义法范式理论进行了深入研究,在认真梳理其理论背景和理论基础的前提下,作者指出其理论核心在于法的合法性问题,即通过程序主义法范式解决法的合法性问题进而解决当今社会所面临的法治危机。但是,作者的意图并不在于单纯的描述和介绍西方经典理论,而是透过经典理论去发现背后深藏的共通性问题。因此,作者通过借鉴域外的经验教训,分析中国改革开放以来法治范式的具体类型,提出在中国语境下构建一种全新的法治范式——沟通主义法范式及其必要性。“沟通主义法范式以沟通理性为基础,以追求法的沟通合法性为旨向,以沟通与商谈为方法,力图为中国法治发展提供一种合理的具有可操作性的纲领与模式,力图迈向一种沟通互动的法治。”(《结语》,第280页)可以说,作者针对当前中国问题,借鉴西方理论中的有益经验,提出了一条崭新的法治发展路径,为当下如何建设法治中国提供了理论指导的模型与制度建构的框架,是一次可贵的尝试与探索。

第三,在具体的研究方法上,该书在探讨如何构建沟通主义法范式时,以崭新理论视角,合理运用了范式多层次叠加研究方法。作者从范式的三个层次出发,依次探讨哲学意义上——法范式本体性的构建,社会学意义上——法范式运行过程的构建以及构造学意义上——具体部门法领域内的构建。同时,将法哲学的一般理论与部门法的具体理论相结合,既避免了法哲学纯粹理论对实践指导的不足,又克服了部门法领域在法哲学理论研究深度上的缺失。

当然,该书也存在这类借鉴研究中可能存在的某些共性问题,比如,西方理论经验与中国本土特色的实践融通难题,特别是法治中国建设中的既有经验与国外理论之间如何合理沟通、吸收与消化,现有立法、司法与行政体制如何在程序主义法范式下充分运行,可能仍需要作者在未来的探讨中进一步深入展开。

总之,该书视角新颖,理论营造精巧,结构严谨清晰,语言平实流畅,在基本范畴、主要内容和研究方法上不乏创新之处,它既丰富了法治中国研究的理论,也为法治中国实践的展开提供了重要的参考。作为已经获得国内学界同行的认同和国家多项学术研究基金支持的一本专著,该书提出的观点确有其理论和实践价值,值得法律理论研究者与实务工作者认真品读。

(全文共1,784字)

迈向实证主义的 中国法治评估方法论

——以世界正义工程法治指数建构方法为镜鉴

■张德森 ■康兰平

(中南财经政法大学 湖北 武汉 430073)

【摘要】近年来,法治评估实践在国内各地蓬勃发展,对于推进法治建设、贯穿法治理念和法治思维、优化法治理论和知识传统等起到了不可估量的作用。目前国内对法治评估的研究涉及面虽然较广,但对更为重要的评估方法论的研究却寥寥可数。现实表明法治评估的生成以及运作需要形成一套成熟、完善的方法论体系用以指导评估的概念化和操作化。本文试图在厘清法治评估方法论核心问题、并透视世界正义工程法治指数方法论系统的基础上,结合当前国内法治评估的真实样态,尝试性地提出适合中国法治评估理论格局的法治评估方法论。这种评估方法论实际上是建立在跨界的理论格局基础上的,它需要对于不同学科领域中相同或者不同的语言、概念、制度进行沟通,以取得主体间的商谈和沟通的共识达成。更为重要的是,法治评估的实证前景决定了评估方法论的实然向度——迈向实证主义。

【关键词】法治评估;评估方法论;实证主义;实证前景

【中图分类号】D92 **【文件标识码】**A **【文章编号】**1006-7426[2015]06-0129-06

10.13553/j.cnki.llygg.2015.06.030

一、法治评估方法论的研究缘起

伴随着法治成为现代国家治理的铸模,法治评估应时而生。法治评估乃是认识、评价和衡量法治发展真实状况,发掘当前法治发展的诸多问题和困难,并能够为法治体制的完善提供指引、继而追求更高水平法治的优化选择和制度创新。当前,法治评估已经在国内的实践运作中如火如荼进行,尽管当前地方已经陆续设计了法治评估的指标体系,但是这一新生事物仍旧面临着诸多内容与方法论上的质疑与争论,“法治评估的认真与戏谑”^{[1]p144}便是其一,“法治大跃进”、“法治政绩工程”、“法治量化无用”、“法治评估各自为政”等有关法治评估的疑虑也甚嚣尘上,甚至有学者认为太过奢侈的法治评估更像是一件华而不实的美服,美则美,却无实际的效用。这种“景观式指数”不过是一种数字化的工具或游戏^{[2]p67},即便再精准、再具公信力也不过是对现实的静态反映,而我们真正需要的其实是真切的行为而非是预先的描述和告知。基于此,本文拟通过对当前法治评估实践的多维样态进行梳理,以法治评估的方法论研究为切

入点,通过对其理论基础、分析工具、价值基准、构成要素以及基本特征等进行剖析和解读,从制度与技术完善的角度探究法治评估的“能”与“不能”,力求从方法的“张扬和克制”维度,破解当前法治评估实践运作中的层层谜题。

法治评估模式的引入,既有其理论维度,也有其实践向度,它助推法治中国建设之发展,成为中国法治发展新增长点,已经在实践中落地生根。然而,有关法治评估的质疑和争论一直不绝于耳,有学者更以“认真与戏谑”表示了对于法治指数的担忧与迷思。当前国内学界对于法治评估的研究主要集中在法治评估的发展源流和基本类型、法治评估的价值基准和进路选择、法治评估的主体和对象、法治评估的指标体系设计等方面,而对更为重要的评估方法的研究却寥寥可数。法治评估的研究需要非常严密的方法论来加以保障,但纵观当前大陆法治评估运动,在方法上存在着大小不一的瑕疵,更经不起方法论的仔细推敲。因而,本文立足于探究法治评估研究的方法论取向、法治评估方法论的理论格局,在对域内外法治评估方法论的引介的基础上,对法治评估方法论的实然前景进行预测即迈向实证主义。

基金项目:中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题《中国地方“法治实施”效能评价指标体系及操作准则研究》(项目编号:CLS2015ZDZX01),主持人张德森,本文系阶段性研究成果。

作者简介:张德森(1965-),男,湖北仙桃人,中南财经政法大学法学院教授,法学博士,研究方向:法理学、立法学;康兰平(1989-),女,安徽亳州人,中南财经政法大学2013级法理学专业博士研究生,研究方向:法哲学。

二、法治评估方法论的域外镜鉴——以世界正义工程为例

(一)世界正义工程法治指数的构建逻辑

当前备受国内关注的世界正义工程(WJP)法治指数^{[3][p9-12]}是迄今为止唯一一个专门以法治为主题进行测量法治发展水平的国际指数,WJP指数具有测量全面、数据新鲜、编制严谨、透明度高的特点。该指数设定以合法政府、公布法律、正当程序、可实现的司法正义为基本原则,提出“限制政府权力”、“消除腐败”、“秩序与安全”、“基本权利”、“监管执行”、“民事司法”、“刑事司法”、“非正式司法”等九项维度,这9个领域之下又进一步分解为具体的指标。该指数的数据来自于每个受访国家最大的三个城市中当地居民(1000名)和法律工作者的回答,主要通过面向公众的GPP(General Population Poll)和面向专业响应者的QRQ(Qualified Respondents'Questionnaires)两种问卷形式搜集主观数据实现对多个国家和地区的评估,同时设置权重对受访国家或地区的法治水平进行排序。值得注意的是,世界正义工程所设计的因子体系并非一成不变,而是根据评估过程中发现的问题在随后的评估实践中作出调整^①。

WJP法治指数不仅为世人展现了一幅全球“法治图景”,也展示了法治是如何得以指数化的。基于WJP的实践和方法,可以把法治指数的理论基础和方法论归纳如下。第一,基于实证主义的立场,采取实证化的形式法治理论和实质法治理论,同时配以相应的指数方法论。第二,对“法治”进行概念化和操作化,使其最终分解为一个个可以具体观察的变量。第三,收集各个变量的数据,包括调查的方法、标准打分的方法、统计事件的方法等等。第四,为每个指标分配权重。权重分配的方法比较多,常用的有层次分析法(AHP)、参与式方法(participatory methods,国内学者称之为“德尔菲法”)、主成分分析法等等。统计学与社会学理论均指出,权重的配置通常采取均等分配的方式,除非有确切的特别说明^{[4][p254]}。第五,根据相关的计算规则,对收集到的数据进行计算,得出法治指数,计算规则主要有两种:线性计算法和几何计算法。前者适用于存在互补关系的指标,后者适用于相互之间不可补偿、彼此独立的指标^{[5][p255-256]}。第六,对指数进行审查,包括信度、效度、协调性、稳健性等方面。以上环节,构成了法治指数化的完整逻辑^{[6][p25]}。

(二)世界正义工程法治评估方法论

在对世界正义法治指数的建构逻辑进行梳理的基础上,结合实证法学方法论研究和指数建构过程中的方法的选择和使用,提炼出世界正义工程法治定量评估方法论的理论轮廓。

1.法治评估方法的内在结构

世界正义工程法治指数的构造方法,内生于指数建构的整体运行逻辑中。作为理念系统的方法论,法治指数内涵着5个有机联系的要素或者是层次,这一方法论有如下的五个步骤组成。即:(1)界定法治,这是确定具体测量对象的方法层次。这一方法层次通过将原本抽象的法治思想进行实证化界定,WJP所

立足的法治理论是既吸收了形式法治理论,也融入了最为普遍的实质法治理论,呈现出开放的状态。WJP理论框架的构建有利于后续的操作实验,使其能够成为评测指标体系测量的稳定共识性基础;(2)法治的衡量以及实现所必须采取进路的方法层次。世界正义工程虽然选择了实证化的法治理论,但是这一理论还必须进行概念化和可操作化,以实现直接观测和具体操作的目的。WJP在对法治概念具体化的操作过程中,提炼出衡量法治的9个维度,又进一步分解为具体指标。这些指标依循着普通人对法治的真实感受,自下而上检视一个国家的法治现实是否符合法治价值的标准;(3)关于实现法治测量所必须采取的策略手段的方法层次。WJP通过将法治概念进行过程性解释使其符合社会科学的概念,在此基础上建构了法治的因子(Factor)体系:该指标下设四级因子,四级因子最后还要分解为一个个具体的变量,使其可以直接得到观察测量,2014年WJP的变量多达541个。WJP指标面向专家和公众收集数据;(4)关于实现法治测量所必须采取的工具手段的评估方法选择。WJP的因子体系的建构逻辑中包括建构评价指标体系、确定评价指标权重、制定评分标准、构建综合评价模型等过程,在指标设计阶段综合运用了逻辑框架法、主成分分析法、因子分析法、模糊综合评析法等定量研究方法。(5)关于实现法治测量所必须遵照的操作程序的方法层次。在评价的实施和评价结果分析阶段,WJP的法治指数的操作程序主要体现在指标的具体实施过程中。在量化环节的操作步骤主要是包括数据的收集、处理和加总以及指数结果的审查。在法治评估中,最终得分的获得主要是通过如下的步骤:将问卷上的选项转换为得分、通过汇总问卷得分来求得每个国家的得分、将国家的原始分进行标准化处理、使用简单平均的方式加总标准化后的得分、最后汇总合成得分得到国家的排名。最后,还要对指数的结果进行审查,对数据进行质量检验,量化结果要经过信度和效度的检测^{[7][p79]},以鉴定是否存在偏差和错误。同时,将所有数据转化为报告、图表和数字,以便于检验指数的稳健性和排名的可信度^{[8][p121]}。

2.法治评估方法的本质特征

上述五个方法层次贯穿于WJP法治指数化从概念化到操作化的完整演进逻辑和操作实验当中。法治测量能否取得成效的关键,就在于对这五个方法层次要素的合理的选择和运用。通过对WJP法治指数的生成和研究的逻辑链以及操作模型进行分析,其方法的本质特征体现在:首先,方法兼具创造性和规律性的高度统一。WJP法治指数为世人绘就了法治的现实图景。这既体现了人的主观能动性的充分发挥,通过将抽象法治概念进行实证化,使其可以分解成为一个个变量,但是方法系统的创造性也要遵循着实践活动的一般规律,实证主义的立场为其提供了很好的指引。其次,方法具有客观的规定性和特质性。前文中梳理出了WJP法治指数方法的内在结构,这五个层次的方法要素共同构成了法治指数方法系统的完整有机体。各个要素之间是紧密联系的,是合力相辅的。只有各个要素之间彼此互补,缺一不可,并且层次顺序不能发生改变,才能形成有机整体发挥实际功效,最终提升测量的质量和公信力。最后,方

①2008年至今,这一因子体系先后演变出7个版本,测量的国家数量也不断扩大,具体情形如下:2008年的1.0版,包括13个因子、50个次级因子,在6个国家进行了试验;2009年的2.0版,下设16个因子、68个次级因子,测量了35个国家;2010年的3.0版,下设10个因子、49个次级因子,继续测量了上年度的35个国家;2011年的4.0版,下设9个因子、52个次级因子,测量了66个国家,中国也被纳入测量范围;2012-2013年的5.0版,下设9个因子、48个次级因子,测量了97个国家和地区;2014年的6.0版,下设9个因子、47个次级因子,测量了99个国家和地区。2015年的7.0版,下设9个因子、47个次级因子,测量了102个国家和地区。

法兼具系统性和多样性的统一。对于法治评估而言,评价方法的选择和适用是不可获取的“工具”,选择恰当的方法与技术不仅仅可以提高评价的科学性和客观性,而且能够节约评价的成本。无论是方法系统的整体还是方法系统的各个层次环节都涉及到选择性和多样性的问题。比如 WJP 关于法治的概念界定对其下属的层次要素影响很大,起到制约作用。当然,这种制约是相对意义的,不同方法层次要素之间有其多样性和独立性。对于一个具体有效的方法系统来说,此特征是方法系统中最为直接和现实的体现。

(三)WJP 法治指数评估方法论的域外经验与中国借鉴

1.WJP 法治评估方法论之意义解读

任何一种希冀揭示人类生活某一方面客观规律的真理性认识或者理论,都是建立在关注现实建构和反思历史的艰难历程之中^{[9][P6]}。法治指数是对法治理念的指数化塑造。世界正义工程基于实证化的法治理论和统计指数方法论,对法治理论进行了概念化和操作化界定,发展出了评估法治效果的因子体系和具体变量。该法治指数的生成和演进逻辑完整地阐释了法治量化评估的运行过程。前述梳理出 WJP 的法治指数的建构逻辑,对其方法论的内在结构、基本特征以及具体方法的选择和适用进行了阐述。WJP 的法治量化评估方法论系统贯穿于法治指数从法治概念化到最终指数结果审查和运用的整个评估阶段。可以说,在法治指数的编制过程中,方法起着提纲挈领、举足轻重的作用。正是因为世界正义工程形成了严谨周密的方法论系统,才能够使得对“不同国家和地区的法治实施状况进行评估测量”这一看似不能的问题在经验层面有序渐进,由点及面地勾勒出法治发展的现实图景。当然,WJP 的法治指数方法论系统亦需不断的试错修正才能日臻完善。有学者曾指出该指数建构存在着公众调查取样的总体数量不够、调查取样只限于大城市而不包括农村等缺陷^{[10][P25]}。但这些并非是属于理论方法的不当,而是受限于人力财力。瑕不掩瑜,重视 WJP 的法治指数方法论模型地引进、移植和开拓,不仅可以解决法治评估各个阶段具体方法的选择和适用问题,也能够保证法治评估模式引入和借鉴过程中的南橘北枳之忧,这恰恰也是法治评估在特定的时空语境中新生的生机和落地生根之所在。

2.WJP 法治评估方法之当下寓意

WJP 所立足的法治理论,不仅吸收了形式法治理论,而且采纳了最普遍的实质法治理论——以权利保障为中心的法治理论。之所以如此,是因为单纯的形式法治只是一种“依法而治”(rule by law),真正的法治至少应该保障国际法所规范的核心人权。指数的本质属性和方法论则有着比较稳定的共识。有别于传统的主观价值理念的法治理论,世界正义工程的法治指数是立足于实证化的法治理论和指数的方法,具有内在的理论自治性和实证主义的方法取向,其不断升级的法治指数版本很好地体现了量化评估的实验、实践、实证的阶段性评估特点,前一阶段暴露的问题能够在下一个阶段中进行调整。概而言之,笔者在此通过梳理 WJP 法治评估方法系统并不是主张将其全面移植到中国来,而是希冀以此抛砖引玉。国内法治评估的实践运作需要有方法系统的指引,有效回应测评对象的基本面向,根据活动特点选择恰当的方法,注意方法系统的完整性,避免片面性和防范可能出现的实践异化。一个完整的方法系统往往是不同层次的方法要素构成的有机互补、多维互动网络,是大系统包含的若干子系统,并且具有明显的前后衔接性。如果顾此失彼或者遗漏某个子系统,评估的实效也会大打折扣。

中国法治评估方法论的理论格局当然无法脱离其生长的具体时空语境,因而要致力于寻求其落地生根的本土基础,而这也是本文论述的精髓所在。

三、法治评估方法论理论模型初探

法治评估运动在中国的蓬勃兴起,对于推进法治建设、改造法治理论、完善法治制度、促进法治思想传播等起到了“锦上添花”的作用。法治评估作为法治中国建设的助推器,它的燎原之势也让我们清醒地认识到要想法治评估真正成为助推法治中国建设的一道亮丽风景线,我们不得不谨慎地对其进行学理上的解读和实践运作的反思。的确,当前国内的法治评估已经呈现出“乱花渐欲迷人眼”的实践样态,众多评估方案令人目不暇接。为此,我们必须对中国法治评估的理论维度以及实践运作进行拓展,以“法治评估方法论模型”这一法治评估的较少被关注的面相为切入点,管中窥豹式地对之进行类型化的归属,从而能够提纲挈领地有效回应当前法治评估中的种种戏谑之处,并对之进行预见式的展望,以期在实践中真正发挥法治评估揭示现实问题、诊治反馈的功能。

(一)不同法治评估理论视阈下的评估方法论模型

探究法治评估方法论模型,不得不考量法治评估的理论源流。笔者通过梳理国内外法治评估的理论基点发现,在法治评估的兴起和发展之中,汇聚着以学者为主导的理论界和以政府为主导的实务界两股力量,立足于不同的法理追求和实践目标,选择了迥异的法治评估理论指引和实践路线。就法治评估的理论维度而言,不少学者选取塔玛纳哈的法治理论构想——薄法治和厚法治^{[11][P4]}作为分析的切入点,薄法治关注基础的制度结构,而厚法治强调实质的价值和结果的公正,法治界定的分野导致了法治评估类型的多样化。有学者进一步提出应当将综合法治论作为法治评估的理论准备和逻辑起点,既要注重形式法治的程序准备,也要注重实质法治的价值内核,打破形式法治和实质法治的区隔,坚持各有侧重的全面法治论^{[12][P133]}。就法治评估的类型和阶段而言,主要分为立法司法领域的专项评估、法治评估的全面探索。在法治评估的全面探索阶段,国内的法治评估既有共性也有差异,钱弘道认为在指标设计上存在着“既有评价”和“目标设置”的区别、“定性要求”和“定量评价”的区别^{[13][P145-146]}。中国法治评估面临着转型,当务之急是将评估实践予以理论化,中国法治实践学派便是评估理论化的一个创新思路,其致力于将实证研究作为法学研究的常规范式,而这正是中国法治评估方法论的精髓所在。

戴耀廷认为对法治的研究可以分为价值性路径模式和体制性路径模式,香港法治指数采取的是较为狭窄的体制性的进路,聚焦于政府是否依法行政^{[14][46]}。张德森对中国法治评估的进路选择定位为综合性进路,制度性进路和价值性进路乃是同源同构的关系,要以功能同构的思路统筹两种进路,博采众长,相互补充^{[14][P11]}。周尚君也认为综合性进路可能会成为未来中国探索本土化法治评估模式的最优选择^{[15][P18]}。蒋立山则认为,现阶段国内推行的各种法治指数方案,有着截然不同的理论逻辑,一种是带有“法治理想主义”特征的评估方案,这一方案凸显了法治理念的价值和法治目标的力量,如同一幅由实践向理想迈进的孤立的法治行进图;另外一种关注“法治成长”和法治与经济经济发展相关性的法治国情指数方案,依循着法治与

社会协调发展的整体演进图,强调中国法治成长中的法治与社会发展的阶段性联系^{[16][P3]}。孟涛则认为中国法治评估有两种对象——法治建设(包括法治政府)和法治环境,前者经常将“法治”窄化为党政机构职责工作的评估,而后者则是将其扩张为包括了政治、经济、社会环境等在内的“法治环境”^{[17][P47]};汪全胜则将我国法治评估分为“综合评估”“专项评估”^{[18][P2]},认为香港、余杭等地的法治指数是综合评估,而法治政府建设指标体系、司法透明指数等是专项评估;孟涛还进一步发展了自己的理论,认为评估可以分为“定量评估、定性评估和建设评估”,定量评估基于实证主义立场,以标准化方法明确法治概念、界定变量指标、收集数据并计算审查。定性评估基于诠释社会科学,立足实质法治理论,结合法治价值评判实践。而建设评估是转型时期的过渡性评估,基于法制与法治理论,社会指标理论和绩效评估方法,由政府主导,旨在推动法治的生成^{[19][P31]}。上述法治评估类型的划分,尽管各有其理论语境和现实场境,但是这些分类仅仅是评估模式中实践类型的差异,而忽视了隐藏于背后的理论表达的差异。正是对于法治评估类型中理论话语和实践倾向的阙如和混淆,导致了法治评估实践中的多态以及异化暗生。对于中国的法治评估应当区分为两种不同的话语模型即治理型评估模式和管理型评估模式。对于“治理型评估模式”而言,其参与主体是多元的,评估目标是开放的、在路径选择上是渐进性的演化道路。而与之对应的管理型评估模式则是一种带有实践倾向的绩效评价,其参与主体是单一的,评估目标是封闭的,在路径选择上是建构主义的国家立场。实际上,当前学者提出的关于法治评估类型的划分正是因为忽视了对于评估模式背后的理论基点的区隔,导致了评估实践中的种种乱象。而法治评估理论基础的混沌不清也导致了评估方法论的模糊与庞杂。为此,探究法治评估方法论模型必须在对法治评估理论类型进行界分的基础上进行二阶划分,在充分发挥各自功效的前提下实现不同体系的方法论的局部合作和优化设计。

(二)评估方法论模型的二阶区分

前述提到不同理论语境下评估模式存在着结构上和功能上的悖论。基于不同的评估理论模型当然也会形成不同的评估方法论模型。以“台湾公共治理”^①这一较少被引介的治理型评估模式为例,在评估方法论模型上采用了层层递进的方法要素和操作流程:(1)归纳公共治理的基本面向,这是确定具体测量对象的方法层次,这一阶段对于议题的选择主要是采用质性分析为主;(2)公共治理的衡量及实现所必须采取评估进路的方法层次。该指数采用的是价值性进路模式,提出了全观性的公共治理理念,选定了一些实质性的价值理念的议题面向作为调查内容,评量台湾的公共治理状况和优缺点;(3)关于实现法治测量所必须采取的策略手段的方法层次。该指标针对公共治理概念建构出一套完整的指标体系,作为对台湾公共治理开展情况进行系统性调查与监测的主要依据;(4)关于实现法治测量所必须采取的工具手段的评估方法选择;就评价过程与方法选择而言,公共治理议题调查以质性分析为主,量化分析为辅,利用统计方法整合资料,以呈现公共治理之真实样态和改进方向;(5)关于实现法治测量所必须遵照的操作程序的方法层次。本项目成立专家评估委员会进行主观评估,通过量化分析客观统计资料,其目的是将主观评估所与分析与同等统计资料相互

呼应。最后,综合运用后设分析,并辅以统计方法,整合客观统计资料与主观评估资料,以归结台湾公共治理的现况^{[20][P3]}。

而与之形成鲜明对比的管理型法治评估模式也有其独特的方法论模型。在此以广东法治政府建设指标体系为例,其在评估方法论模型上遵循着如下的操作步骤和方法运用:(1)明确评价对象的方法层次。构建和实施法治政府建设评价指标体系是一个复杂的工程,必须由专家学者会同政府法制部门确定具体的评价对象和内容。这一方法层次对应的就是评价指标体系的一级指标;(2)法治政府建设以及绩效评价所必须采取评估进路的方法层次。评价体系采取了自上而下的体制内评价模式,在内容上更加偏向于行政管理和工作规范,是围绕着当前贯彻落实依法治国基本方略的需要所构建的国家主导的法治建构模式;(3)关于实现法治政府绩效评价所必须采取的策略手段的方法层次。法治政府建设评价指标体系构建以现行法治政府运行和建设过程为蓝本,通过一级指标(价值目标层)和二级指标(领域内涵层)形成了评价方面的多层次结构,通过引入三级量化评价指标,在评估内容上兼顾了法治理念的导向和现实的实践路径;(4)关于实现法治测量所必须采取的工具手段的评估方法选择;就评价过程与方法选择而言,法治政府绩效评价主要是采用目标比较法,体现体制内自上而下的目标导向;(5)关于实现法治测量所必须遵照的操作程序的方法层次。在评价实施和结果分析阶段,为了操作方便,在实际操作中采用扣分法。以广东省为例,针对具体指标评分全部比对预目标分项扣分。各项考核要点中的扣分,均在该指标总分中加以扣除,直到扣完为止。最终会提出考核评价意见,形成考核评价结论,考核结果直接与具体部门的绩效评价紧密相连。

通过对两种理论模型的评估方法论的内容结构进行梳理,同时结合典型例证,我们可以窥一斑而知全豹,以归结不同法治评估方法论模型的分歧与合致。台湾公共治理评估模式遵循的是法治的渐进主义逻辑,评估具体内容是开放的,评估主体是由官方委托的第三方评估,评估的结果在于起到反馈问题的诊治功能。因而,其方法论的结构模型是开放的,是渐进试错地根据评审的结果不断进行反馈。而与之相对应的管理型评估模式则是一个封闭的绩效评价系统,其评估主体是单一的,评估对政府机关来说是内部视角,其路径是理性设计的结果,体现体制内自上而下的导向。因而其方法论的结构模型也是封闭的内部视角,无法进行横向区域比较和纵向时间跨度比较。

(三)评估方法论模型的分歧与合致

尽管不同类型的评估方法论模型各有其内在机理,但是两者并非泾渭分明的,仍有局部整合和协作的可能。在此,以余杭法治指数这一实践例证加以说明。实际上余杭存在着两套形式上互相独立的法治评估体系:一套是“余杭法治指数”,另外一套是余杭区司法局组织的“法治余杭”建设考核工作,两者紧密相联,从而经常会被混淆。其实,法治余杭建设考核工作中,具体的考核步骤为成立考核组、开展自查自评、开展镇街民调、分类组织考核、公布考核结果。将考核结果及发现的问题反馈至被考核单位,考核最终结果及名次作为该单位参与评选“法治余杭”建设十佳先进单位的参考依据之一。而众所周知,“余杭法治指数”是由浙江大学法学院牵头组织的,评分由民调组、内部组、外部组、专家组评分加权加总得出。而这两个体系是互

①从内容上台湾的公共治理指标体系,其实质内容大多与法治政府建设相关,其七个指标依次为“法治化程度”“政府效能”“政府回应力”“透明化程度”“防治贪腐”“课责程度”“公共参与程度”。由于其采用价值性进路的方式,而且其研究方法有详实的论证说明,值得深入研究并加以借鉴。

相协作的,其中,“法治余杭”建设考核中的“镇街民调”环节,同时也是委托“余杭法治指数”课题组完成的民调环节,而法治余杭建设考核中的部门自评环节中各个单位的统计数据,虽然这些数据来自于政府内部自我测评的内容,难以直接转换为可以计算的法治指数,但是这些背景数据资料有助于理解余杭区社会法治发展的真实状况。“余杭法治指数”课题组将相关统计数据资料寄送给内外组和专项组,作为评审者打分的参考依据是较为合适并且是具有操作性的,当然这些数据并不直接对应法治条件下的每一项指标,只是起到参考和对照作用。而除了背景数据材料的共享之外,两个体系实际上运行着各自独立的评估方法论模型,在评估的层层递进的方法层次上也各有特色,是自成一体的。

透过对法治余杭建设考核体系和余杭法治指数这两种不同类型的评估模型进行分析发现,尽管两者有着不少分歧但是也能实现合致。因为究其本质,两种评估模型都是有效带动整个区域政府和社会组织的法治转型,改善公职人员的法治服务意识和能力,从而不断满足人民日益增长的法治监督和社会公正的需求。无论是治理型评估模式还是法治建设考核模式,最大成效之一就是评估形成了一种压力,认真查找法治建设中存在着的不足之处,并将通过评估反映出来的问题一一向职能部门进行反馈,陆续在实际工作中展开整改,有力推动法治建设的不断发展。更为重要的是,法治评估能够成为政府内部考核的参照指标,使得法治理念能够通过常态化的制度得以贯彻、检验。因此,对待不同的法治评估模型,绝不能陷入“优劣之争”,而是应该以一种开放和包容的形态,促进两种评估模型的整合和协作,充分发挥法治评估的现实关照和预测预警的功能。

四、法治评估方法论的实然前景——迈向实证主义

法治评估作为衡量法治实施状况的“晴雨表”,其内容的设定和技术方法的运用直接影响着对其实效性的考察,而这并不是单一的数据统计和运算能够所直接感知的。一方面,法治发展的真实场景的复杂性决定了只有多元化的法治评估方法能够与之相互适应;另外一方面,法治评估在其功能实现的过程中也可能会出现种种形式的价值背离,法治评估研究的方法论取向的理论迷思主要体现在如下方面:

(一)法治评估方法论的功能悖谬

从积极意义上来看,法治评估的结论性意见是检验法治实施效果的基本途径之一,也是决定着未来法治建设走向的重要依据。法治评估后形成的大量数据和基本结论将作为直接的依据和第一手的资料,成为在未来的法治发展中合理配置与整合法治资源的基础。对于法治状况所作出的正确评估有利于实现更高层次的法治,与之相对的是法治评估也可能会出现价值的阙如,评估本身和评估方法可能会被滥用,陷入功利主义的泥淖,成为类似于“政绩工程”的幌子和工具,从而使得评估被异化,失去了其应有的意义。

概言之,法治评估的功能和属性本身,会要求在评估方法的选择和适用上张弛有度,既要充分凸显并追求其价值预设,也要预防和避免可能会出现消极作用。在某一制度建立之初探求其功能与局限、积极与消极,可能是从理论到实践的首要问题,也是研究其现实意义的逻辑基础。当然,法治评估方法论

也具有着与生俱来的局限性。方法体系的建构和应用本身,只是评估活动得以有序推进的必要条件而非充分条件。方法论能够付诸实践,有赖于评估主体的主体性参与。“主体的参与”在这里形成了一个逻辑上的悖论,即方法论的主体性与工具性之间的矛盾,也就是本文所说的方法论的“主体性”与“被动性”之间的冲突,也就是本文所说的方法论的“主体性”与“被动性”之间的冲突。一方面“就法律工作者而言,对于方法的忠诚起着自我监督的作用。当法律适用的精神与目标毫无约束专行时,方法就发挥着报警器的作用,反之,如果赋予法律适用自身以单独的精神,那么已经意味着踏上了非理性的道路”^{[21][P286]}。在张扬与克制之间的选择体现了法治评估方法论自身的优势和局限,而在主动性和被动性之间的冲突,则是体现了法治评估方法论的主观能动和外部局限之间的悖谬。从方法论的现实意义角度,只有正确处理好上述的基本矛盾,才能够使得法治评估方法论能够一以贯之地发挥其应有的效能。

(二)迈向实证主义的法治评估方法论

当前,不少地方正在尝试运用量化的方法来衡量一个地区的法治状况和存在的问题。这种做法有益于改善地方法治环境,进行法治建设的有益尝试。法治评估的如火如荼所折射的就是近年来法学研究的实证转向,源自于法律现实主义的历史召唤,揭示法治发展中的现实问题的需求,直接促成了对于法治评估方法的温情敬意。总体而言,笔者认为,从主流法治评估方法的趋向和国内法治评估中评估方法的阙如来看,尽管实证主义在西方法学范式中仍旧是辅助性的,但是其所描绘的法治路径更加贴近中国社会的实践,对于法治评估这一兼具应然向度和实然图景的路径和道路的集合体,方法论作为其指引能够起到提纲挈领,提供有益于法治评估的点滴例证,照亮法律制度的阴暗角落的功效。

对于仍旧处在消化、吸收西方国家法治评估理论方法阶段的中国法治评估而言,本土化的法治评估究竟应该走什么样的技术路线,学者们往往给出“百花齐放、百家争鸣”的模糊回答。但是对于中国法治评估的发展而言,必须要找出一种主导型的范式,在很多根本性的问题上给出穿针引线般的融会贯通。法治评估的产出和影响是否具有客观和可预测性的特征,能否在实践中发挥预警预测功能,这是法治评估方法能否站得住脚的重要理论前提。实际上,在国外法治评估的典型例证中,先有的是关于实证方法的评估,其后才有关于实证主义的合理质疑,其实这种学术质疑恰恰深化了对于法治评估的理解和认识。很有可能通过法治评估得出来的结论有悖于常理,但是研究必须具有坚实的方法论基础,一个逻辑严谨、方法得当的评估才能站得住脚。对于中国而言,现在的关键问题就是缺乏严谨周密的经验研究,为法治建设的调整和推进提供实然性的评估从而获致应然性的价值追求。中国的法治评估应该走向实证主义的技术路线,现有的评估研究在很多方面都缺乏方法论的有力支撑,实证研究能力较为薄弱。有学者认为,当前的评估存在着“缺乏自成一统的方法论体系;价值基准的提炼和操作程序的运作不够规范;评估方法的选择和运用方面是经验有余而实证不足,定性分析有余而定量分析不足,有时甚至缺乏必要的实证检验,使评估的效度和信度大大降低。”^{[22][P96]}就评估理论和实践而言,远没有到达批判“经济学帝国主义”的阶段,而应积极学习经济学和社会学的实证主义思维方式和研究方法,首先遵循基本的方法论质量标准,增强评估研究的说明力和解释力。在尚未深入实证之前,就批评质疑未免有因噎废食之嫌。迈向实证主义的法治评估方法论,实际上是对当前法治评估实践样

态中的自我异化的一种反思和突破。而实证主义的方法论取向乃是一种主体间性的转向。实证主义的方法论转向能够打破法治评估实践中的自我异化和简单拼凑。这种实证主义的方法论取向,要求理论界和实务界能够从中国的法治发展的实际出发,批判和重构法治评估的方法论格局,从而创造和发展出适合中国的法治评估方法论的理论格局和结构模型。实证主义的方法论取向,其描绘的中国法治评估的技术路线,将更加贴近中国社会的法治实践。中国法律实践和法治进程中的现实问题,实证主义的方法论取向会以一种渐进的、根据现实需要来予以调整。有利于推动中国法治评估从宏大叙事的顶层设计中解放,立足于微末,构造中国法治评估方法论的自我归宿,改变思维方式和理论结构,并且从中国提炼和表达出具有着普遍意义的中国理想。

结 语

近年来传统法学研究范式备受质疑,以法治评估为代表的实证研究开始悄然兴起,社会调查、数据采集、定性和定量分析等社会学、经济学方法在法学研究中日渐盛行,崭露头角。身处“知识导向”迈向“问题导向”的时代,我们所进行的研究不仅仅要形成深刻的“学术积淀”,还必须要获得事实和信息方面的知识优势。法治评估作为当前学术研究新的增长点和法治中国建设的新起点,能够为法治发展提供直接的智力和决策支持,具有现实显现和预测预警的功能。

然而,无论是理论界还是学术界对于法治评估的认知仍旧混沌,评估理论话语表达的混同导致了法治评估方法论陷入误区,难以发挥指引修正和提纲挈领之功效。对于法治评估的方法论研究而言,其实证主义的转向意味着研究内容和视角的双重转型,从对规范和价值的关注迈向对于事实的更加精确认识。对于法治评估方法论必须形成整体主义的学术共识:法治评估方法中的实证主义取向并不意味着知识的绝对精确,陷入科学主义的错误;法治评估方法的张扬和克制体现在对于评估方法的选择和适用既要凸显其价值预期也要防止定量分析成为一种“技术偏好”;法治评估方法的能动性 and 被动性体现在评估方法论本身的主观能动和外部界限的逻辑上的悖论,影响了其功能发挥和合理限制。因而,我们必须对法治评估方法论适用的具体领域、能够解决的实际问题、事实与数据的功能属性、结论的开放性和局限性等方法论的问题展开系统的研究,从而正确判断法治评估方法实施的适当性和问题的能够解决的实际程度。

对于依循实证主义路线的本土化法治评估而言,其核心的议题在于:在我国的法治评估实践中,不管是否采用社会实验方法,丰富可信的数据都是必须具备的。如果政府能够加强信息系统建设,并且切实执行“信息公开是常态、不公开是例外”的原则,向研究者公开,相信对于高质量的法治评估将起到很大的推动作用。法治评估是法治中国建设中非常重要的环节,但是受制于理论和实践的制约,国内的法治评估的发展还处于摸索阶段,不仅鲜有系统、成熟的评估实践,正在开展的评估实践没有系统科学的方法论指导,或者方法论存在瑕疵,限制了评估实效的发挥和评估结果的转化和运用。要推动法治评估方法论模型的构建和实践应用,必须以“它山之石可以攻玉”之谦逊心态,吸收借鉴国内外的先进研究成果。而在这个过程中,首先要正确理解评估方法论的具体所处情境和适用场境,避免生搬硬套,囫圇吞枣,要结合地方性知识进行选择性地吸收。虽然很多

学者对实证主义研究提出批判,但不可否认的是,实证主义的评估方法仍旧是目前的主流。尽管关于实证主义的质疑与批判不绝于耳,但是对于实证主义的批判并不必然走向对于实证主义实践的彻底否定。关键的问题,在于隐藏于法治评估不同理论话语模式背后的实然图景,迈向实证主义的法治评估方法论取向便是其中要义。对于正处于成长中的中国法治评估而言,实证主义的评估方法论取向提供了一把思想解析的理论钥匙,进而探索可能改变的法治评估的路线图。

参考文献:

- [1] 陈林林.法治指数中的认真与戏谑[J].浙江社会科学,2013,(6).
- [2] 志灵.“法治指数”无法衡量所有的法治现状[J].法制资讯,2008,(4).
- [3] Mark Agrast, Juan Carlos Botero, and Alejandro Ponce, The World Justice Project Rule of Law Index 2011, The World Justice Project Publish, 2011, pp.9-12.
- [4][5] Michaela Saisana and Andrea Saltelli (2011), “Rankings and Ratings: Instructions for Use”, Hague Journal on the Rule of Law, 3, pp.255-256.
- [6] 孟涛.法治的测量—世界正义工程法治指数研究[J].政治与法律,2015,(5).
- [7][美]约翰·莫纳什·劳伦斯·沃克.法律中的社会科学[M].何美欢等译.北京:法律出版社,2007.
- [8] 孟涛.法治指数的建构逻辑:世界法治指数分析及其借鉴[J].江苏行政学院学报,2015,(1).
- [9] 罗豪才,沈岿.平衡论:对现代行政法的一种本质理解—再谈现代行政法的理论基础[J].中外法学,1996,(4).
- [10] Brian Z. Tamanaha. On the Rule of Law: History, Politics, Theory [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- [11] 张德森,康兰平.地方法治指数的理论维度及实践走向[J].理论与改革,2014,(6).
- [12] 钱弘道,戈含峰,王朝霞,刘大伟.法治评估及其中国应用[J].中国社会科学,2012,(4).
- [13] 戴耀廷.香港的法治指数[J].环球法律评论,2007,(6).
- [14] 张德森,李朝.中国法治评估进路之选择[J].法商研究,2014,(4).
- [15] 周尚君.法治指数评估的理论反思与前瞻[J].广州大学学报(社会科学版),2015,(3).
- [16] 蒋立山.中国法治指数设计的理论问题[J].法学家,2014,(1).
- [17] 孟涛.中国大陆法治评估运动的回顾、述评与前瞻[J].人大法律评论,2014,(2).
- [18] 汪全胜.法治指数的中国引入:问题及可能进路[J].政治与法律,2015,(5).
- [19] 孟涛.论法治评估的三种类型—法治评估的一个比较视角[J].法学家,2015,(3).
- [20][台湾]庄文忠.台湾公共治理指标年度报告[M].台北:“行政院研究发展考核委员会”,2013.
- [21] 凌斌.法治的中国道路[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [22][德]伯恩·魏德士.法理学[M].丁晓春,吴越译.北京:法律出版社,2005.
- [23] 贡杰.论现代社会条件下的政府政策评估[J].江苏行政学院学报,2005,(4).

责任编辑:王建华

现代法治主义的经典理论

——马克斯·韦伯形式理性法治观评析

张德森 张 琼*

内容摘要:马克斯·韦伯经典的形式法治观对西方社会的法治发展影响极大,而其法治理念的形成受到诸多因素的影响,如其个人背景、经济社会的发展、其他思潮的影响等。以此为基础,韦伯提出经典的理性行为理论和正当支配理论。其理性论以人的行动取向为视角,把社会行为分为工具理性(即目的理性)和价值理性两大类,为法律的理性化提供理论依据。正当支配理论则充分论述了支配的正当性,并提出三种正当支配类型,即官僚制、家产制和超凡魅力制,为形式理性法律的发展提供制度基础。在两大经典理论基础之上,韦伯肯定了形式理性法对资本主义的独特性,否定实质理性法。强调由于形式理性法的可计算性及机器般的可操作性,理性法律教育培养的官员也具备专业性。韦伯的形式理性法治观既有其合理性也存在一定的局限性,我国法治建设可吸取其合理之处。

关键词:韦伯 合理性 形式合理性 形式理性法

马克斯·韦伯(Max Weber, 1864~1920年),是与卡尔·马克思和埃米尔·涂尔干齐名的社会学家,其精辟的法律思想也如同一座宝藏仍被各国法学家在不断地挖掘。韦伯认为,理性不仅存在于社会、经济、宗教之中,也存在于法律之中。它们之间互相联系、互相作用,共同推动社会的发展与进步。因此,研究韦伯的形式法治观不可避免地需要探究其法律理性思想的起源,才能更客观认识其形式法治思想的内涵以及对当今我国法治建设的启示。

一、韦伯形式法治观形成的背景

一般地说,马克斯·韦伯肯定形式法治、否定实质法治的观点并非一蹴而就,而是经过大量的积累逐渐淬炼而成,其法律思想的形成与其成长环境、当时的社会、经济及西方法律思潮的影响密不可分。

(一) 韦伯的家族与学术背景

尽管很多学者从不同学科角度探索过韦伯的思想,但探讨其个人与家族背景是否直接影响其法治思想形成的并不多。

马克斯·韦伯于1864年6月14日出生在一个具有国际关系的复杂的大家族中,其父母分别来自两个经济实力雄厚的大家族,即比勒菲尔的韦伯家族(掌控着汉堡的海运贸易),法兰克福的索奇家族(其主业在伦敦和曼彻斯特),是19世纪中

* 张德森,中南财经政法大学教授,法学博士,博士生导师;张琼,中南财经政法大学法理专业博士生。

期最富有的“盎格鲁-德意志”家族之一,^[1]这一层家族关系也使韦伯在帝国明争暗斗时仍保持着亲英的态度,也为其研究提供了广阔的视野。韦伯的父亲是一位学习法律专业的经济政治家,在德国官僚机构中任职。政商家族背景使韦伯如他父亲一样选择学习法律。27岁的韦伯加入了老韦伯曾参与过的社会政治联盟(Verein für Socialpolitik),这个团体始于1872年。它的核心成员是一群大学教授,他们忧虑由社会主义联盟组织的德国工人逐渐开始对抗德国政府。一方面,他们试图让工业家意识到社会变革的需求;另一方面,他们想最小化马克思主义对工人的影响。^[2]为了达到上述目的,他们开始着手研究社会问题,如生活成本、赋税问题等。

马克斯·韦伯也由此展开了其在东普鲁士的调研。受家族贸易事业的影响,他就东易北河农业经济发展及工业化、城市化的发展进行调研。这样的实地调查经验,也为他以后研究组织管理理论、统治理论乃至法律思想提供基础。韦伯还撰写过《罗马的农业历史及其对公共法及私法的重要性》一书,并因此获得教授资格。在大量的调查研究中,他发现,社会在发展过程中衍生的诸多问题离不开法律的调节,因此他强调社会性是法律的一种表现形式,并认为,法律理性是西方资本主义世界独有的特征。在此基础上,韦伯又在他的支配社会学理论中,区分了目的理性与价值理性,并认为自然法呈现了价值理性的最纯粹的正当性类型。^[3]这一理论也为其形式法治观提供理论来源。

(二) 韦伯思想形成的社会经济背景

马克斯·韦伯所处的时代正是德国在多重矛盾中崛起的时期,国家与社会亟须一种平衡矛盾的社会制度。这为韦伯的研究提供了现实样本以及检验其理论在实践中效用的范例。在德国面临的国际关系中,铁血宰相俾斯麦领导普鲁士取得了对抗法国的战争胜利,不仅统一了德国,还确立其在欧洲的核心大国地位。但帝国主义间的争斗从未停止,殖民主义国家或互相结盟或互相对立。普法战争签订的停战条约同时也加深了两国矛盾。在其国内发展中,德国获得战争赔款后,加快工业化与城市化的发展,使其经济增长率大幅提高,德国资本主义化的过程与程度更加明显。但随着马克思社会主义思想在工人阶级中传播,资产阶级与无产阶级不可调和的矛盾也通过大量的工人运动不断体现出来。彼时的德国不仅是工业发展的中心,还是国际工人运动的中心。

经济发展离不开如合同法、商法、公司法等私法的约束,而私法体系又是建立在契约自由基础上的。可以说,经济因素在法律变革中发挥了重要作用,但只是在这样一种程度上:经济行为在市场经济或契约自由现象基础上的某种理性化,以及作为结果的、用法律手段解决根本的不断增长的复杂利益冲突的意识,影响了法律的体系

[1] 查尔斯·卡米克等:《马克斯·韦伯的〈经济与社会〉:评论指针》,王迪译,上海三联书店2010年版,第33页。

[2] Paul F. Lazarsfeld, Anthony R. Oberschall. Max Weber and Empirical Social Research. *American Sociological Review*. 1965, April, p. 185.

[3] 马克斯·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第128页。

化,或者说加强了政治社会的制度化。^[1]在韦伯看来,理性化是解决社会冲突的有效方法。可以说,韦伯终其一生都在研究如何在资本主义社会中实现理性化及形式理性的法律。由于资本主义发展对形式化的追求以及官僚制中行政班子对制度的严格执行,使韦伯认为形式合理性仅存在于资本主义社会。

(三)西方法律思潮对韦伯思想的影响

19 世纪末即是欧洲的战爭时代,各种思想也在激荡中发展。此时,德国从军事上取得了胜利,其政治也在快速发展,治国平社会成为很多政治家、学者的首要任务。在这一浪漫理性主义时代,古典法律思想受到挑战与质疑。长期居于主流地位的社会契约论被边沁抨击为虚无的梦话,相反地,实证主义的理性思想逐渐被信仰。

19 世纪到 20 世纪的德国是思想家的摇篮,这里诞生了诸多杰出学者,如康德、黑格尔、萨维尼、耶林、马克思、笛卡尔等。严格意义上来说,韦伯并不算法学家,但其法社会学中的思想却受上述学者影响而与他们有异曲同工之妙。德国哲理法学的代表有康德、黑格尔,他们的思想对韦伯不无影响。比如,康德对不确定的权利补充说明中提出紧急避难权。所谓紧急避难权是一种假定的权利或权限,就是当我遇到可能丧失生命的危险情况时,去剥夺事实上并未伤害我的另一个人的生命权利。紧急避难权可用这样一句格言表达“在紧急状态下没有法律”。^[2]那么,韦伯可能正是受到康德这一思想的启示,从而在参与起草魏玛宪法时,支持把作为个人层面的紧急避难权发展为国家层面的紧急命令权加入宪法第 48 条:国家在遭受紧急危难时,总统有紧急命令权可以暂时停止宪法规定的部分权利。但这一条款后来恰恰成为希特勒抛开宪法权利、实行独裁的依据,韦伯也因此在一定程度上受到他人非议,甚至波及对形式法治的批判。而在 19 世纪中期,萨维尼强烈否定法典编撰派倡导的内部一致性的法典立法,他承认法典的必要性,但认为立法不应与历史割裂,因为法律根本上源于民族精神。韦伯因此提出法律理性很大程度上作用于不断变化的社会。

总之,韦伯的理性思想、形式法治观是经过多因素综合作用而形成的,其思想内涵影响了当时乃至现在各个国家、社会和企业管理或治理的法治化进程。

二、韦伯形式法治观形成的理论基础

韦伯的法律观点并未形成完整的体系,因此研究其法治思想必须结合其社会学理论,才能更完整地理解其形式法治观的渊源。

(一)理性行为理论

韦伯认为,研究社会学的方法论是理性主义的,从个人的理性行动中可挖掘出适用于普遍现象的纯粹类型的群众规律。即便如此,韦伯也没有对理性进行清晰的定义,其理性的含义在不同情境中通常具有不同意义。莱因哈特认为,韦伯所要分析的主要对象不是人的行动,而应是他们在行动背后的思想。每个人既有理性又有激情,

[1] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社 2010 年版,第 654 ~ 655 页。

[2] 康德:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 46 ~ 47 页。

我们必须找出在理性背后的激情和激情背后的理性。^[1] 苏国勋诠释理性为与感性、知觉、情感和欲望相对的能力,凭借这种能力,基本的真理被直觉地加以把握。他认为韦伯的合理性是指基于实践理性的近代西方法律体系的本质属性。^[2]

具体而言,韦伯的理性行为理论认为,社会行动分为四个方面的取向:

1. 工具理性的行动取向。它决定于对客体在环境中的表现和他人的表现预期;行动者会把这些预期用作“条件”或“手段”,以实现自身的理性追求和特定目标;

2. 价值理性的行动取向。它决定于对某种包含在特定行为方式中的无条件的内在价值的自觉信仰,无论该价值是伦理的、美学的、宗教的还是其他什么,只追求这种行为本身,而不管其成败与否;

3. 情绪的行動取向。它决定于行动者的具体情感和情绪状态;

4. 传统的行动取向。它决定于根深蒂固的习惯。^[3]

虽然韦伯认为工具理性模式高于其他模式,但他强调,完全为了理性地达到目的而与基本的价值观无涉的社会行动取向是极为罕见的。换句话说,社会行动取向具有复杂性,这四种分类模式只是重要的具有代表意义的分类,不足以穷尽现实。李猛把韦伯的理性行为理论概括为社会理性化与伦理理性化。^[4] 显然,前二者属于社会理性化,后二者属于伦理理性化。

施路赫特认为,韦伯的理性主义具有三种含义;首先,理性主义是指“一种通过计算来支配事物的能力”,实际上就是广义上的“科学—技术”的理性主义;其次,是指一种“形而上一伦理”的理性主义,即由文化人的内心思索引发的思想层面意义关联的系统化;最后,是指一种有系统、有方法的生活态度,这种态度是意义关联及利害关系制度化的结果,即“实际”(实用)的理性主义。^[5]

而韦伯把法律制度归类为形式的和合理的,形式的法律制度包括形式法和实质法,合理的法律制度包括合理的和不合理的法。将上述类型相结合也即韦伯提出的四种法律类型:形式理性法、形式非理性法和实质理性法、实质非理性法。由此可见,其思想基础与其理性行为理论密切相关。

(二) 正当支配理论

秩序与规则是社会学与法学共同关注的核心内容。韦伯认为只有当行为接近于以明确的“准则”为取向时,一种社会关系的内容方可称为“秩序”,^[6]而具有正当性的秩序比由于纯粹的工具理性动机而被遵守的秩序以及纯粹习俗基础上而坚持下来的秩序要稳定。秩序受到有效遵从就会产生服从与支配的关系,支配就是权威主义

[1] 莱因哈特·本迪克斯:《马克思·韦伯的思想肖像》,刘北成译,上海世纪出版社2007年版,第420页。

[2] 苏国勋:《理性化及其限制——微博思想引论》,上海人民出版社1988年版,第218页。

[3] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第114页。

[4] 李猛:“除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的‘英国法’问题”,载《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,第147页。

[5] 施路赫特:《理性化与官僚化——对韦伯之研究与诠释》,顾忠华译,广西师范大学出版社2004年版,第5页。

[6] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第31页。

的命令权。更具体地说,支配就是一个或者多个统治者明示的意志(命令)要以如下方式影响并且实际影响了一个或者多个他人(被统治者)的行为——他们发生的行为有着高度的社会意义,仿佛被统治者正是为了自身的利益才把命令的内容当作了自己的行为准则。^[1]

命令权都应当具备一定的正当性,否则被统治者将不会遵从。而命令权的基础也就是对权威的服从,如臣民对君主的服从,公民对法律的服从。在韦伯的视域中,命令权的正当性具有三条终极原则:第一,体现在自觉订立的理性规则中。这样的规则具有普遍约束力并得到服从,如法律法规或行政规章等。理性规则授予的权力即赋有正当性。体现在私法体系中就是理性规则把支配分散到了被授予法定权利的人们手中。^[2]这一支配类型可在官僚制中找到典型体现。第二,体现在个人权威之中,也即对传统的服从。韦伯认为某种社会秩序具有正当性的一个原因就是传统,因为它始终是有效的。一种社会秩序由于传统的神圣性而具有效力,乃是最古老、最普遍的正当性类型,^[3]但它并未经过理性地传承,因此是非理性的。其典型体现在家长制中。第三,体现在对超凡魅力的信仰。个人的超凡魅力主要指领袖的独特品格,如宗教领袖、英雄人物等,是非理性的。

综上所述,行政官僚制,也即法理型统治,是最理性的。韦伯认为官僚制在纯技术层面上优越于任何其他形式的组织,高度发达的官僚机器犹如一套机械装置。精确、迅速、明晰、档案知识、连续性、酌处权、统一性、严格的隶属关系、减少摩擦、降低物力人力成本在官僚制行政中都可以达到最佳状态。^[4]这种内部高度一致的制度为理性法律的建构与实施提供基础。司法的官僚化要求司法人员坚持立法者的合法化规定,这一制度为形式法治的实施提供保障。

三、韦伯形式理性法治观的核心内涵与特点

在理性行为理论和正当支配理论基础之上,韦伯把理性的社会行动取向划分为工具理性的和价值理性的,把合理性制度的类型划分为形式合理性和实质合理性。在韦伯看来,工具理性优于价值理性。因为工具理性具有一个明确的目的,通过精确的核算以及规范化的过程达到这一可预测的目的,而价值理性则不计较后果,更注重其中牵涉的情感、意识形态或伦理道德等。类似的,在法律规范中,形式合理性主张把一般特性考虑在案情中,遵循高度抽象的规则形式;而实质合理性主要遵循道德律令、功利原则等。具体的法律领域可分为四种法律类型——形式理性法、形式非理性法和实质理性法、实质非理性法。韦伯肯定了形式理性法,并认为这是资本主义最高阶段的法律制度类型。

(一)形式法治观的核心内涵:法律形式主义

韦伯认为,形式法治理性源于理性制度的需要。行政官僚制度如同运作的机器

[1] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1084页。

[2] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1080页。

[3] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第128页。

[4] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1113页。

般具备高度理性,法律被理性化、机器化才可能接近理性。因为法律形式主义使法律制度能够像一部具有技术理性的机器那样运转,因而保证制度内部的个人与群体拥有相对最大的自由度,并使他们得到越来越多的机会去预测自身行为的法律后果。^{〔1〕}所以,法律程序具有高度形式化特征。

韦伯把法律形式主义分为两种不同类型,即外在特征的法律形式主义和逻辑抽象方法的法律形式主义。事实的外在特征具有多样性,如发言、签字或实施某种具有确定意义的象征性行为等可感知的感官素材。^{〔2〕}逻辑抽象方法的形式也即逻辑合理性形式是法律有效性的一个判断。符合逻辑合理性的法律其内部是高度一致、统一、无矛盾的甚至是无漏洞的,因此,该形式也被韦伯视为最高理性形式。在法科学中,法律方法论和逻辑合理性方面已经达到最高境界的那些形式又产生于《学说汇纂》派民法的法科学形式。^{〔3〕}

与此不同的是,在实质合理形式中,法官裁决问题时通常都要受到规范的影响,这种规范并不一定具备逻辑合理性(逻辑理性永远是价值理性的),它也许是价值理性的,也许是目的理性的。^{〔4〕}韦伯认为基于价值理性的最纯粹的正当类型就是自然法。^{〔5〕}在对这个问题的理解上,我国学者孙笑侠在论及中国法治现实目标的选择时,曾建议在法律创制问题上强调法的目标,或曰实质合理性——体现自然法的观念。^{〔6〕}这一观点与韦伯的说法有一定的差异。因为从韦伯的说法中可以看出,实质合理性与自然法的观念并不完全相同。如果说我国创制法律强调法的目标也即体现目的理性,那么,强调体现自然法的观念实际上是具有纯粹价值理性的。实质的法律理性则可包含前两种理性类型,且它的重点不在于面向行动的形式,而是超越法律范围的或者说来自外部的判断标准——社会中的规范实践。^{〔7〕}

(二)形式法治观的特点

韦伯对形式理性法的论述散见于其社会学和法学论著中,并未进行成体系的论述,但从其相关表述中,仍可总结出三个显著特点:

第一,形式理性法是资本主义特有的法律形式。韦伯从多个方面论述了形式理性法之于西方社会的独特性。一方面,宗教对理性经济发展的影响。韦伯认为在亚洲极端禁欲主义的宗教统治下,资本主义经济的发展受到多重阻碍,如印度种姓禁忌阻碍了不同等级间人群的自由交往,这必然限制货币的广泛流通。他甚至断言,凡是禁忌发挥着巨大能量的地方,绝不可能出现原生性的经济理性化。^{〔8〕}有的宗教教义或规则甚至带有反理性的性质,因为宗教领袖是典型的超凡魅力统治的代表,他们为

〔1〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第946页。

〔2〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第799页。

〔3〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第800页。

〔4〕 邓肯·肯尼迪:《逻辑形式法律理性的“除魅”或韦伯关于西方法律思想现代模式系统的社会学研究》,载《马克思·韦伯的〈经济与社会〉研究指针》,上海三联书店2010年版,第321页。

〔5〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第128页。

〔6〕 孙笑侠:“中国法治的现实目标选择”,载《法律科学》1996年第3期。

〔7〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第20页。

〔8〕 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第562页。

了维护传统利益必然不愿采用更高形式的统治制度。与此不同的是,西方国家的宗教对资本主义经济的发展具有促进作用,甚至很多商人与金融家就是教众。他们带着宗教信仰进行贸易往来,理性贯穿在经济与宗教中。所以,韦伯认为,中世纪的基督教是“资产阶级”的宗教,而且越是具有道德理想主义,就越是资产阶级的宗教。他甚至视西方为经济理性主义的特有土壤。^[1]

另一方面,支配类型对法律理性化实现的影响。韦伯提出正当支配具有三种纯粹类型——理性基础上的官僚制,传统基础上的家产制以及超凡魅力基础上的个人制。西方资本主义国家已经拥有一套高效率运转的官僚制。这类制度中的行政官员只对国家利益负责,而不对领导个人负责。即便更换了最高领导人,这套制度下的人员仍能如机器一样如常运行。但韦伯时代的中国仍处于前官僚制阶段——家产制统治中。家产制中的官员是对统治者负责,并接受统治者授权,因此官职被视为个人权利。韦伯分析中国的官员未演变为现代的官僚,因为就国土的巨大规模而言,只是在非常有限的程度上实现了管辖权范围的功能分化。^[2]此外,中国的儒家思想把官员当作有情感和自主意见的个人而非标准化的机器,中国官员对君主及国家的效忠甚至大于个人生命。儒家所提倡的“三纲五常”思想正是一个典型代表。当然,除此以外,还有政治、社会、文化等因素综合起作用决定了韦伯时代的西方为形式理性法的独有地,但现代的东方社会是否存在形式理性法是值得思考的。

第二,形式理性法具有可计算性。形式理性法的可计算性来源于其经济基础——资本主义经济与支配基础——官僚制的可计算性。韦伯把经济行动分为形式合理的和实质合理的。经济行动的形式合理性被用来指称在技术上可能的,并被实际应用的量化计算或核算的程度。实质合理性则是指按照某种终极价值观的标准、通过以经济为取向的社会行动既定人员群体供应货物的程度。^[3]可知,形式合理的经济行动具有可计算性。

一个行动的理性技巧在于所支出的手段和结果的关系上达到了最优化,而理性的技巧是一种对手段的选择,是自觉而系统地行动者的经验和思考为取向的,而科学知识乃是最高合理性程度的理性技巧。^[4]从这层意义来看,工业革命对西方理性经济的发展起到了推动性作用。科层制的发展帮助资本家以最小的成本获取最大的剩余价值。也正是这种缺少人性化的机器式的管理体制引发声势浩大的工人运动和社会主义思想的普及。

韦伯认为,社会主义和共产主义缺少足够多的形式理性的价值尺度,更多地具备实质意义。就官僚制而言,它具有优于其他组织形式的纯技术,具有标准化的运作方式。韦伯认为官僚化提供了一种最大的可能性——按照纯客观考虑去贯彻行政职能专业化的原则。“客观地”履行职责就是按照可计算的规则履行职责。在法律领域

[1] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第610~611页。

[2] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1193页。

[3] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第182页。

[4] 马克思·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第159页。

中,只有官僚制为实施依据“规章”加以概念系统化的理性法律确立了基础。^[1]保障法律效力的工具就是强制机器,它促使人们从心里和行动上遵守法律规范,否则法律强制就会制裁违反者,他们可能是国家暴力机关、司法机关等。法律强制促使人们遵守既定的公认的普遍规范,那么人们某些社会行为就具有可预测性,也即遵循法律形式主义。当然,并非所有资本主义国家的司法都是纯粹理性化的。卡迪司法^[2]并不具备理性,但在英国大多基层司法仍是卡迪司法。这也说明资本主义并非形式理性法的唯一成就条件。

第三,形式理性法离不开理性的教育与技术人员。官僚体制下设立的教育机构具备理性,而这些理性运作的教育机构培养出的人员也具备理性素质,他们又进一步维持着官僚机构的运行。职业官僚个体不可能脱离官僚制,因为他们被灌输理性与官僚思想。专业化考试成为教育机构官僚化的标志,但是不一定有专业考试的统治形态就是官僚制。中国的科举考试历史悠久,但是封建社会的中国统治形式属于前官僚制,即家产制。科举考试只是选拔忠于君主的侍臣。韦伯也指出当时的中国司法行政的无理性一是由于家产制,二是由于不存在释疑解答的法学家,也没有专门的法律训练。那些通过考试并受过文学教育的成员则会成为家庭、宗族和乡村的礼法事务顾问。^[3]与此不同的是,现代官僚制的一个特性就是理性的教育与训练,法律人员可以从内部建构法律的形式理性。专门的法律教育自然会引导法律人员按照形式主义要求遵从法律。韦伯甚至驳斥诟病民主制度导致腐败的观点,他认为民主制度本身没有问题,而是制度中的行政官员缺乏专业、理性的教育。

四、韦伯形式法治观对中国法治的启示

韦伯认为他所处时代的东方国家没有形式理性法,而只有无理性的法律。但这并不代表当代仍没有理性法治的因素,或者没有纯粹的高度理性化的形式法治。在全面推进依法治国的当今中国,我们仍可借鉴韦伯形式法治观的合理之处,为我国法治建设服务。

(一)立法方面的启示

韦伯认为,在法理型统治中制定法律和发现法律是存在严格区别的,而在非理性统治中两者则并无区别。制定法律是创设普遍规范,发现法律则是这些规范对具体案件的适用。^[4]法律具有建构性,那么在制定法律过程中就有赖于一定的法律技术。技术手段的理性或无理性决定了法律的形式,如巫师制定规则或进行惩罚等。那么,形式理性指引下的制定法律就要求严格遵照立法程序进行。形式法治中,发现法律是从法律适用中提取与法律相关的法律命题并加以整合融入法律体系内,这一理性过程同时能促进法律。

[1] 马克斯·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第1114页。

[2] 卡迪司法指的是根据伦理或实际情况作出的判决,而非严格按照法律规范进行裁判。

[3] 马克斯·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第954页。

[4] 马克斯·韦伯:《经济与社会》,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第795页。

因此,我国在立法时应严格遵循立法程序制定法律,提高立法技术可更客观地符合合理化要求,以国家和人民利益为首位,不以领导人的变动而任意改变法律,要使法律内部逻辑高度一致、严密。

此外,韦伯认为法典编撰促进了法律的统一和系统化,这对我国立法极具启示意义。由于多个方面原因,我国至今仍未颁布《民法典》,这与我国国情不相符,也不利于我国法治化进程。所以我国应尽早制定《民法典》,进一步完善我国的法律体系。

(二)司法方面的借鉴

韦伯认为,陪审团是取代了由邻人作证这一习惯的无理性举证手段。但在他的时代,他并不认为陪审团制度是一个理性的制度,因为没有受过法律教育的非法律人不能理性对待法律问题。所以,现今陪审团已发展为只负责对事实的判断,而法律问题则交由专门的官僚化司法人员。在我国,陪审制度的改革呼声正高。党的十八届四中全会作出的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》建议扩大陪审员的范围,改革陪审制度。正是由于非专业的陪审员对法律问题的“无理性”,所以,我国陪审员参审范围仍应掌控在陪审员进行事实判断的大原则下,如行政诉讼案件的审理主要涉及官僚机构行为合法性问题,并不适宜采用陪审员制度。

(三)执法方面的吸纳

形式理性法要求执法人员在法律执行过程中严格依照法律规定行事,其行为取向应是目的理性的,不应考虑法律以外的因素如政治需求、情感、宗教等因素的影响。执法人员应与法律规范保持逻辑的一致性。那么,这就要求执法人员不能选择性执法,更不能滥用职权欺骗式执法。诸如上海等地发生的“钓鱼执法”等违法行为,是与形式理性法背道而驰的行为,严重违反了形式理性所强调的法治的形式性与工具性。类似地,形式法治有利于排除“毒树之果”——非法证据及其衍生证据,这有利于保障犯罪嫌疑人的人权,与我国刑事诉讼法的基本精神相吻合。但是,我国法治建设过程中仍存在执法、司法对正当程序的维护还远远不够的问题。实质正义的维护不应以破坏形式正义为代价,如何在执法过程中通过形式法治实现法律的正义仍是一个值得进一步思考的重大问题。

(四)人们观念上的更新

形式法治强调人们严格按照程序执法,即行动取向上应强调工具价值性。但由于我国历史上长期受封建的“家产制”制度影响,行政官员的理性程度较低,现实中不可能完全理性或无限接近高度理性地依法行政。这就导致行政过程中出现徇私舞弊、公权私用等现象,公民则会对行政机构产生不信任感。因此,培养公职人员的宪法法律至上观和权利本位观,理性教育不可或缺。韦伯认为,腐败是由于行政人员缺乏理性教育所致,而非制度问题。党的十八届四中全会提出全面推进依法治国,必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准,也就是要求提高行政人员的理性。依法办事,做到程序公正才能保障正义的实施,保障民众对法治及法治社会的信仰。只有这样法治理性,才能实现四中全会所提出的“法律的权威源自人民的内心拥护和真诚的信仰”。

总之,韦伯的形式法治观是时代的产物,既对西方法治发展产生深刻的影响,但

也存在一定的局限性,如韦伯把形式法治与实质法治相对立。现实中,绝对维护形式法治会不可避免地忽略实质法治从而忽略个案的公正,这样的坚持过于僵化。正如韦伯自己所说“形式的裁判,以其不可避免的抽象性格,处处伤害了实质公道的理性”。在当今中国的法治建设过程中,我们应充分尊重和吸引形式法治的合理层面,避免其局限性,挖掘韦伯的宝贵思想为我所用。综观党的十八届四中全会关于全面推进依法治国若干重大问题的决定,其中诸多观点都与形式法治观一致,充分说明韦伯形式法治思想对我国法治建设具有重要的启示意义。

范式与路径的交互映照:中国经济法的 理论负重与现实拓宽*

张德森 康兰平**

摘要:中国经济法学的逻辑起点定格于“市场失灵—国家干预”的舶来研究,中国经济法学的传统研究范式便是遵循这一认知的产物。但是,由于忽视了中国的社会根基和现实实践,导致了经济法陷入了尴尬的境地:授权有余控权不足、实体有余程序失当、政策有余法律不足等。中国经济法的产生与拓展具有与西方国家迥异的逻辑起点和目标取向,经济法的理论负重亟须现实的拓宽和突破,在应然面向和实然向度之间实现良性互动。经济法理论体系的重构应当摆脱传统范式的“路径依赖”,纠正经济法的价值错位,在谦抑性理念的指引下实现经济法的调整——从权力干预迈向经济法治,实现范式与路径的交相辉映。

关键词:经济法 研究范式 谦抑干预 经济法治

党的十一届三中全会作出了把党和国家工作的重心转移到经济建设中来,实行改革开放的历史性决策。自那时起中国的法制进入了重新开启的时代,法律的运行环境也发生了巨大的变化。经济法因应市场经

* 本文是张德森主持的中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题:中国地方“法治实施”效能评价指标体系及操作准则研究(项目编号:CLS2015ZDZX01)的阶段性研究成果。

** 张德森,中南财经政法大学法学院教授,博士生导师;康兰平,中南财经政法大学法理学专业博士研究生。

济发展需求,作为脱颖而出的新兴法律形态,开始登上了历史舞台。三十多年来,中国的经济法历经无数风雨和坎坷,走过了一个由蓬勃兴起到初步发展再到逐步走向成熟的繁荣与论争共生共荣的发展道路。^①经济法以其对经济利益关系调整的直接性,在推动市场经济发展方面发挥着重要作用,因而也确立了其在整个社会主义市场经济法律体系中的地位。但是在经济法的地位已经基本确立、逐步走向繁荣的背后,经济法内在理论逻辑的混乱导致了实践中仍旧存在诸多乱象,值得关注:(1)在经济法的理论研究中,缺乏厚重的理论构建,尚未走出总论与分论“两张皮”的困境,经济法研究中存在着“去理论化倾向”;(2)中国的经济法缺乏基本的反思和追问,以国家和市场关系为分析的框架,折射出的是权力干预的思维定式,往往被质疑为国家、政府干预社会经济的工具;(3)中国经济法学传统的研究方法、路径和视阈,存在范式危机,没有展现出持久的学术张力,难以应对社会法学的有力的挑战;(4)中国的经济法学片面注重对于西方已然经济法的研究,忽视中国的实然社会经济本土资源等。因此,重新审视三十多年来中国的经济法理论研究中的分歧和合致,深入挖掘经济法学研究共同体的主旨陈述、研究路径、体系构造等,并进行整体主义的解释和论证,以期有效回应当前转型现实实践,对于处于转型期的中国经济法学理论研究无疑是绕不开的关口和逻辑起点。

一、经济法传统研究范式的拓掘

拉伦茨曾经说过,对于法学的特征而言,与其花费精力在学术概念的移植上,不如尝试研究法的特质,最终确定法的特征。^②对于中国的经济法学理论研究而言,也存在严重的范式危机。比如,在“调整对象”研究中存在对于经济法定位的困惑,陷入了部门法之争的泥淖;强调以“国家权力为中心”的研究进路,导致了国家情结的泛滥,人本主义的缺失;简单地借鉴运用经济学的语境、社会政策的语境,导致了经济法学自

^① 毛德龙:《中国经济法学研究的转型与转型期经济法研究》,中国法制出版社2010年版,第2页。

^② [法]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第57页。

身独特品性的难以形塑,等等。因此,对于中国经济法学的范式与路径的双重拷问,要坚持反身自省,不仅仅是需要勇气,更需要进行范式思维的转换,研究方法和路径的创新。按照李昌麒教授的总结,可以将目前经济法学研究方法总结如下:法哲学的研究方法、社会学法学的研究方法、经济学分析法学的方法、法律史法学史的研究方法等。^①

伴随着研究方法的日益多样化,对于经济法研究路径的选择也呈现出多向度的视角。中国的经济法发展是在本国的经济特性和市场经济的共性中共同升华完成的,体现着“国家与市场”的双向互动。经济学的研究者正是以此为逻辑起点,构建起经济法的理论平台,实现了经济法的调整:从“权力干预”到“法律治理”。^②当前的经济法研究的主流范式主要有如下几种:市场失灵与政府失灵双重干预之路径;市民社会与政治国家辩证统一之路径;市场调节与宏观调控关联耦合之路径;自由竞争与秩序调控均衡之路径;私法与公法互动交融之路径等。^③

本文既注重对于经济学的研究方法,也注重法学自身的规范的研究方法,更加注重对各种研究方法的融会贯通。因为,单纯运用一种研究方法来研究极其复杂的中国经济法律法规现象,几乎是不可能完成的任务的。因此,本文针对当前经济法学研究中涉及的主要的研究范式进行分析,以期从中发现经济法的性格特征,把握经济法的本质,从中窥探经济法的实然趋势和应然走向,力求在维度和向度的双重叩问下实现经济法范式与路径的交互辉映。

(一) 政府失灵与市场失灵双重干预之范式

这一研究范式的逻辑思路在于,通过对契约和竞争的双重解读,归纳出市场逻辑的非自洽性。市场主体的非社会合理性,会产生外部负效应,需要外力在其行为失控时进行干预。而市场本身并非完美无缺的,

^① 李昌麒:《发展与创新:经济法的方法、路径与视域——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献(上)》,载《山西大学学报》2003年第3期。

^② 陈婉玲:《经济法调整:从“权力干预”到“法律治理”》,载《政法论坛》2014年第1期。

^③ 李昌麒:《发展与创新:经济法的方法、路径与视域——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献(上)》,载《山西大学学报》2003年第3期。

市场机制难以避免垄断和破坏竞争,以及市场主体的追求一己私利,都需要外力进行适当的干预。这种介入,并非是市场自身的自我修复,而是外力的强行介入和矫正,国家的意义也就在于此,市场失灵为政府干预提供了空间,这就是市场逻辑的非自洽性和国家干预的合理性。但是实际上,政府也不是万能的,由于受限于技术水平的制约和社会整体的偏好,政府失灵也会在所难免。由此推导开来,经济法的产生是为了适应经济社会发展的需要。换言之,经济法是兼具政府失灵与市场失灵的双重干预之法,它旨在通过法律的手段引导和规范市场私权的行使、约束国家公权的过度膨胀。^①

(二) 政治国家与市民社会的互动发展之范式

在早期学者所搭建的学术体系中,对于市民社会和政治国家进行严格的界定,如同“楚河汉界”,泾渭分明。但是伴随着社会经济的发展和理论研究的不断深入,市民社会和政治国家各有其缺陷,都有失灵的时候。市民社会遵循理性规则秩序,能够实现程序正义,但是未必能够达到实质正义,确保结果的平等。而政治国家的自上而下的建构方式能够确保公平正义的实现,但却并不见得实现效益的优化。因此,对于市民社会和政治国家的理解这一研究路径的逻辑思路在于,经济法的出现就是为了调和市场私权和国家公权之间的矛盾,维护私权和限制公权就形成了经济法的自身立足点。经济法的出现实现了市民社会和政治国家的良性互动。在此意义上来说,经济法是“政府干预社会经济之法”和“干预政府之法”。经济法如同是和平天使,左手握着纤纤市民社会,右手握着强悍政治国家,让两者和平共处,携手奔向美好未来。^②

(三) 市场规制与宏观调控关联耦合之路径

资本主义进入垄断阶段以后,传统自由放任的市场经济受到了前所未有的冲击,而单单依靠市场自身的修复能力难以应对垄断现实的严峻挑战。为此,市场机制的痼疾亟须国家的干预和介入,政府的宏观调控由此得以确立。伴随着制度的变迁,法律的外部运作环境相应也发生了

^① 杨紫烜、吴韬:《经济全球化背景下的中国经济法》,载《江西财经大学学报》2002年第1期。

^② 单飞跃:《经济法理念与范畴的解析》,中国检察出版社2002年版,第149页。

变化,促成市场调节和宏观调控有机结合的经济法也就应时而生,以弥补传统的民商法所力所不及的诸如垄断、不正当竞争的领域。经济法正是市场调节和宏观调控催生的产物。徐孟洲教授曾经以物理学的耦合概念,将两者之间的关系进行了形象地说明。在他看来,经济法是市场机制和宏观调控耦合的产物,经济法以兼具私法调整和公法调节为一体的经济关系作为调整对象,确切地说它是一种公私利益交融与协调的经济关系。^①因此,经济法的理论体系主要是以市场规制法和宏观调控法两大部门组成。市场规制法通过对市场机制的引导和保护,加强对市场主体的约束,鼓励市场主体的正当竞争,引导市场主体的个人利益与整体社会利益的协调;而宏观调控法则是要规范政府的财政行为、金融行为、货币政策的落实、重视宏观调控的措施或者是对政府的经济行为进行有效约束,从而实现国民经济的协调发展。微观的市场规制与宏观调控的耦合基础在于市场经济的存在与发展、市场主体的多元化利益诉求、市场失灵不可避免发生以及市场经济的开放性要求等。而经济法以促使和引导两者耦合为己任,成为一种新的法律形式。

(四) 自由竞争与秩序调控的均衡协调之范式

自由竞争和秩序调控作为市场经济的核心所在和要旨体现,这一认知范式的逻辑进路在于竞争是市场经济的基本调控安排,在市场活动中占据着核心地位。在实行市场经济的国家,自由竞争作为市场经济的基本规律,本身的作用也需要辩证待之,正当的、适度的竞争能够推动经济社会的协调发展,而过度的、密集的竞争则会成为阻碍市场经济健康发展的“毒瘤”。而法律的存在即是起到调节协调竞争关系的目的。经济法产生于市民社会这一社会基础,而市民社会则是介于私人领域和公共领域的一个缓冲地带,它的存在基础就是自由竞争和秩序调控。自由竞争和秩序调控作为社会经济关系的集中体现,是经济法的基本范畴。经济法的制度安排、基本原则和具体规则都必须以此为起点,市场经济的繁荣发展需要经济法承担着协调自由竞争和秩序调控的双重功能。^②

① 徐孟洲:《论市场机制与宏观调控的经济法的耦合》,载《法学家》1996年第2期。

② 邱本:《自由竞争与秩序调控——经济法的基础构建与原理阐释》,中国政法大学出版社2001年版,第240~248页。

通过梳理学者们的各自研究范式,尽管各有其理论维度和路径向度,但是究其本质都是在国家与市场的二元分析框架下展开论述,而这正是经济法研究赖以生存的基石。上述研究路径无一例外地将“市场经济条件下”作为其研究的规范语境和具体背景。经济法将政府与市场的二元分析框架作为其逻辑起点,它是市场经济、政治国家和现代社会共同作用之下的理论逻辑和法治成果,它打破了政治国家和市民社会的绝对分野,由主体逐步迈向“主体间”中不断丰富和实现着秩序、公正、效率、自由、发展等法律价值。所以,经济法必须成为实现法律价值的重要手段和技术规则,从而为市场经济的发展提供良好的外部环境和律动力。

二、对经济法传统研究范式的反思与追问

中国的经济法研究历经三十余载的积淀,成绩斐然。在经济法学术共同体的共同推动下,经济法的理论研究在方法维度上推陈出新,跨学科方法的运用丰富了理论视野;在路径向度上的多维透视,围绕着国家与市场这对矛盾统一体,搭建经济法的理论平台。尽管经济法的理论研究已经达致不少共识,但是这些既有的经济法学的研究路径在用心描述着中国经济法的应然图景时,却在现实中遭遇实然向度的诸多质疑和困惑。为了拨开经济法研究中的层层迷雾,我们必须对既有的这些研究方法和路径进行重新审视,抽丝剥茧,找出其症结之所在,以便对症下药。^①笔者通过对比梳理主流的经济法学的理论研究逻辑进路发现,大多采用“从西方—中国”的简单三段论式的研究路径,这种路径的逻辑证成是:市场存在缺陷——需要国家干预——经济法形成的推导逻辑。按照这种惯常的思维模式,它的论证的前提是经济法必然是西方的经济法,而忽视了中国问题的特殊性。实际上,这一结论已经在现实中遭遇了诸多的困境,应然图景和实然向度的矛盾使得我们不得不重新审视传统的研究进路。通过反思,我们发现传统经济法研究忽视中西方经济法

^① 李昌麒:《发展与创新:经济法的方法、路径与视域——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献》(上),载《山西大学学报》2003年第3期。

产生的经济基础、内在动因、生成环境、文化底蕴等根本性的差异,将西方的市场经济等同于中国的市场经济,偏重移植性而忽视了本土性,导致了经济法研究中的理论与实践的脱节,整体自觉性不足。经济法的研究中存在着“离乱”的现象,无法有效回应和解决经济法制建设中的现实难点,只是“空中接力”,研究的不是转型期的“真问题”,而是偏重形而上的理论思辨,面对纷繁复杂的社会实践则显得中看而不中用。

在经济法的理论研究中,偏重对于西方经济法理论的移植,而没有形成自己的话语体系,忽视对于理论本土化的转化。学科体系构造的混乱、知识嫁接的错位,从某种程度上也反映出经济法学过渡性的特质,自身缺乏独特的品性和科学内涵,亦步亦趋,沦为附庸。

“范畴及其体系作为人类智识发展水平的重要指示器,也是不同学科体系构建是否完善的重要标志。学术思想的变革无不与范畴息息相关。因而,与理论体系的建构抑或解构同等重要的是,范畴的变革或者是范式的变动都极为引人注目”。^①就经济法学而言,目前,经济法的论者偏重移植西方经济法理论的基本范畴,如宏观调控国家干预这些经典的论述,而忽视对于这些理论的本土化的转换。对于经济法学而言,由于缺乏对本土性的关注,对这些移花接木而来的基本的范畴并没有给予中国经济法语境下的解释,赋予其经济法学的独特含义。比如,有相当一部分的学者在国家(政府)权力干预经济运行的问题上,认为经济法存在的依据在于市场经济的内生性的缺陷,折射的恰恰是一种权力干预的思维。^②而这种将经济法内生于政府的解释模式不可避免会造成经济法学成为经济学的附庸,拾人牙慧,而没有自己的独特的理论范式和研究路径,不可避免使得这一学科产生了或大或小的毛病。

经济法应当从现有的题义阐述中推陈出新,关注经济法研究的规范语境和本土资源,消解经济法研究中粗放式特质和凭空的维度论争,不能只是“空对空”的“空中接力”,还应当同中国的经济法的实践相结合,去回应和解决经济法制建设中大量出现的现实问题。我国的经济法论

① 张世君:《经济法界定的类型化思考方式》,载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》(第5卷),中国法制出版社2005年版,第99页。

② 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第1页。

者要有主体性,进一步推进“整体性自觉”,^①在变化的语境中实现法律研究思维的有机转换,把握中国经济法的实然状态,实现经济法研究范式的转型和研究成果的创新。所以,笔者认为中国的经济法学研究应该摒弃“论战的思维”,发扬潜心求证的精神,并且“从西方—中国”的简单三段论的老路径,树立“从中国—西方,再从西方—中国”的新路径,在经济全球化的背景下,对转型期的中国的经济社会现实进行反思性解读和理性解构,使之成为具有理论面向和实践向度的法律部门,而这也是经济法学研究的学术之使命所在,任重而道远。

三、转型期经济法的实然面向

当前中国正处于传统社会向现代社会整体性转变的阶段,中国的社会转型已经不单单是现实的真实向度,而且它本身也已经具有了认知工具的意义。分析中国的经济法律法规现象必须以社会转型的视角为切入点:首先,转型期的经济法表现出强烈的回应性特点,在内容上不断创新,体系结构也在不断变化中。转型期经济法是一种处于传统经济法和现代经济法之间的独立形态,它恰当地解释了当下中国徘徊于传统与现代的独特表征,而这一特征也能够有效回应经济法的实践力度不足问题。其次,转型期经济法的调整对象的复杂性。它既要调整经济统制关系,也要调整经济行政管理关系,同时还要兼顾宏观调控关系和市场规制关系。这三类异质法律规范共同构成了转型期经济法的调整对象,而由于他们各自有其性格特征和目标定位,这就导致了经济法的多维度面孔。最后,转型期经济法是对中国经济法所处的生活向度的真实描述而非是应然图景的现实建构。对于转型期经济法而言,不仅要从事应的层面进行想象和建构,更为重要的是要从实然层面了解经济法的真实样态,梳理出其性格特征和实然样态。

(一) 转型期经济法的时代品性

转型期经济法有其具体的规范语境和现实土壤,它实际上处于变动

^① 陈婉玲:《经济法权力干预思维的反思——以政府角色定位为视角》,载《法学》2013年第3期。

不居的动态发展过程中,这就造就了其复杂的性格特征。

1. 转型期经济法的本土性

每个国家各有其独特的经济发展状况、背景因素以及时代课题,经济法的性格也会呈现出国别的差异,即体现出民族性。对于身处转型期的中国经济法来说,富有“地方性知识”的色彩承载着更多的意义。“通常情况下,任何法律都是地域生活与民族精神的体现,是特定时代地域性的生存经验和生活知识的积累与总结”,^①但是,“研究历史只是借助本土资源的一种方式,但是本土资源并非只存在于历史之中当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更为重要的本土资源”。^②对中国的经济法而言,其特殊的本土资源,决定了其理论一开始就与西方的国家的经济法的理论不同,社会发展的不同进程又使得我国的经济法呈现出与西方不同的发展轨迹,因此,中国经济法要想冲破自身的束缚,获得突破性的进展,就必须重视本土的资源,并对其加以利用和改善。这是由其特殊的历史背景和特殊的文化决定的。

从世界范围来看,经济法的性质和社会功能在于作为经济统制之手段。而反观中国的经济法发展历程显然呈现出相反的方向,是在国家放松管制的基础上逐渐发展开来的。西方的经济法的产生主要是为了控制市场失灵的“管理者之法”,而中国的经济法则要以规范权力的行使为逻辑起点,还应该是控制政府缺陷、限制政府滥用经济权力、规范政府干预经济的行为之“管理管理者之法”。^③我国的市场经济成形于特殊的时代背景,特殊的国情决定了我国的社会经济改革模式和市场改革实践,而经济法又与经济政策息息相关,它对经济政策的回应性也决定了其本土性的特征。

2. 转型期经济法的分裂性

通过对转型期经济法的法律规范进行类型化区分,实际上包含了经济统制、宏观调控和市场规制、经济行政管理三类不同性质的法律规范,这三类异质的法律规范同处于一个法律部门之中,传统的经济统制法不

① 张守文:《经济法研究就中的“合”与“同”》,载《政法论坛》2006年第3期。

② 参见许章润:《法律的民族精神与现代性》,载《中外法学》2001年第5期。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第14页。

是为了发挥市场机制的作用,而是为了实现经济统制的使命、国家干预的法律规范是为了保证实质的契约和营业自由,而经济行政管理法则出于经济行政管理的现实需要,目的在于维护市场秩序提供条件。经济法肌体内存在上述三类异质法律规范,这就决定了转型期的经济法的分裂的性格。正是这种分裂的性格使得中国的经济法学很难用单一的原理或者标准进行恒定,而笔者通过对这些法律规范的立法语言进行研究,从不同法律规范的立法语言来看,能体现出各自的立法目的和宗旨。“维护、制止、规范、改善”等都不足以概括转型期经济法的全貌。转型期经济法的分裂性使得其担负着多重使命:面对经济结构的调整,它不仅要进行权力干预,也要进行微观规制和宏观调控,既要授权也要进行限权的对立统一的职责。转型期经济法的分裂性决定了对其进行理论体系化的尝试或者努力都十分艰难,因而对于转型期的经济法首要的是对其进行类型化区分,找准研究的重心,转变立法理念,从单一的干预到微观规制和宏观调控的辩证统一。^①只有这样,处于转型期经济法才会充满生机和活力,才不会在当前纷繁复杂的市场化改革中间丧失话语权和主动权。

3. 转型期经济法的回应性

转型期经济法是一种处于社会转型期的变动不居的“回应型法”。^②一方面,它是一种回应现实需要和解决现实问题的工具式法律;另一方面,经济法具有变动不居,随着国家的政策的变化而不断进行自我修正的特点。按照美国学者诺内特和塞尔尼兹克的划分,可以将不同的形态的法律制度划分为三种理想类型:第一种是压制型法,它具有威慑力和受制于长官意志的偏向,它产生的基础在于统治精英可以利用资源的缺乏;第二种是自治型法,这一法律形态通过公正而合理的程序来将权力限定在合理的范围之内,但是这一制度的缺陷在于肯定法律权威的同时也赋予了法律自我批判、变革的可能;第三种就是回应型法,这一类型法

^① 刘进:《论中国经济法的本土资源》,李昌麒主编:《中国经济法治的反思与前瞻》,法律出版社2001年版,第396页。

^② 陈婉玲:《经济法权力干预思维的反思——以政府角色定位为视角》,载《法学》2013年第3期。

律扬弃和综合了前述两种类型的法律,打破了传统的二元分析框架,赋予了国家法律制度以自我变革、自我修复的能力。回应型法的存续与否,取决于规则系统与行动结构的并行不悖,一方面民间交涉有序进行,另一方面国家建构稳步推进,两者相互相互作用、交涉平衡。^① 转型期的经济法具有回应性主要体现在以下几个方面:

首先,转型期的经济法的回应性是由其法律性质和价值追求所决定的。转型期的时代背景决定了经济法在我国的法律体系中处于特殊的地位,它十分活跃,同时也在变动不居中迎合着社会的需求和自身成长的需要。经济法发展的外部环境决定了它必须有效回应社会现实和市场经济发展的需要,体现出社会本位性的理论旨趣,在完成形塑我国社会经济的过程中不断发展、蜕变和迈向成熟。而经济法的应时而生,便是以社会本位为依归,协调和整合公权与私权间的矛盾,跳出传统的体系架构,促成社会整体利益保护的实现,灵活运用多种调整手段推动经济社会的协调发展。^②

其次,转型期经济法的回应性是由其现实性决定的。中国经济法的产生和发展有其特殊的历史范畴,是伴随着改革开放这一伟大的进程而启动的。随着中国改革的深入、市场经济的完善,中国的经济法在基本理论以及具体制度上都发生了质的变化。这种现实性决定了经济法必须在借鉴西方的经济法律、政策、经验和理论时,立足于我国的社会经济的土壤,回应我国的社会经济发展的阶段性需要和解决社会经济发展的实际问题,以创新的思维考量它、适应它,而不是以传统的标准审视它、束缚它。

最后,转型期经济法的回应性是由其干预性决定的,干预性与经济法的价值目标之间具有一致性。干预从维度上讲主要分为干预市场经济和干预国家经济权力两个层面。经济法意义上的“干预”与经济学意义上的干预由于有着不同的理论基础,因而呈现出不同的样态。经济法意义上的国家干预的应有之义在于要与正义、效率、秩序等法的基本价

① [美]P. 诺内特、P. 塞尔尼兹克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第10页。

② 同上。

值以及法律的调整对象具有因果关系的一种理念、制度以及方法。经济法意义上的干预要通过使用法律的方法,利用法律资源比如权力、权利、义务、责任、程序等,而不能仅仅依赖经济学意义上的财政和货币政策。

由此可见,经济法意义上的干预只能是适当的、有限度的、需要的干预,而且必须具有明确的目标指向和定位。这种目的性本身包含对于干预结果的法律期待,即实现实质正义。经济法的干预从启动到结束,都必须遵循着严格的实体规定和程序要求,因为这是权力的外部介入而非市场本身的自我修复行为。因而必须注重权力行使的合法性,主体、内容和行使程序都必须合法,经济权力的干预结果同样也要符合法律实质化要求,既要具备形式理性也要追求实质理性,兼具适度干预和有效干预的和谐统一。^①

(二) 转型期经济法的主要缺陷

转型经济法的逻辑预设移植于西方的经济法范式,即从市场失灵的角度寻求弥补缺陷的良药,但是由于中国的经济法缺乏真正的市场根基,市场化改革的攻坚尚未突破,因而无法与中国的现实达致平衡。转型期的经济法的缺陷在于基本功能定位的失当,授权有余而控权不足;转型期经济法的制度实体有余而程序失当、政策有余而法律性不足等,集中体现在如下几个方面:

1. 经济法的基本功能失当:授权有余而控权不足

我国经济法自其诞生之初,并不是没有国家干预,而是实现了国家对经济生活的全面的、过度的干预,所以经济法的困境并不是授权而是控权,需要解决国家的过度干预而导致的市场无法自行运转的问题。从转型期经济法所处的政治、经济、社会、文化环境来看,中国的经济法参照于欧美法系、肇始于经济体制改革,在此背景下的经济法的发展具有明显的授权有余而控权不足的缺陷。这种缺陷一方面使得经济法困囿于传统的国家与市场二元划分的框架,折射的是权力干预的思维模式;另一方面也导致了经济法陷入了法律国家主义的泥淖,导致经济法与民商法等自治型法律部门的价值理念相悖。

^① 李昌麒、陈治:《经济法的社会利益考辨》,载《现代法学》2005年第5期。

在当下中国,经济法的基本任务是解决国家权力的过度干预,通过授权和控权来保障经济秩序和经济自由。转型期的经济法在基本价值和功能定位上存在诸多缺陷。对经济法功能的过度解读,导致了授权有余而控权不足,不仅加重了经济法的负担,使得经济法自身陷入正当性危机,而且严重背离了经济法赖以发生的根基,忽视了经济法与市场经济内在的内洽性。转轨期的经济法的基本功能应当是控权,要将政府的权力行使界定在合理的范围之内,科学划定政府与市场各自作用的领域和范围,控制政府的权力干预,给权力带上枷锁。

2. 政策性有余而法律性不足

转型期经济法呈现出政策性有余而法律性不足的特征,这主要表现在,用经济政策代替经济法的现象屡见不鲜。以宏观调控法制建设为例,推进国家治理能力现代化,必须加强国家的经济管理,而加强国家的经济管理必须加强宏观调控法制建设。但是,观照现实,宏观调控的决策和实施实际上都没有纳入法治的轨道,国家的宏观调控至今仍然都没有制定一部基本法,计划法、固定资产投资法、国有资产预算法尽管早已纳入立法规划,但是这些领域的法律的缺位,导致了只能仰仗着经济政策的现行来不断推进,而经济政策时常调整变化,导致了决策和实施的不稳定和模糊性。这一点从历年的政府报告中即可看出,每年的经济工作的重点各有侧重,经济政策的重心也会相应发生变化,这样就难以避免权力干预思维的扩张、缺乏常态化和精致化的行动结构。而即便是已经制定的法律、法规和规章也往往或是根本由经济政策转变而来,或者是部门利益和部门政策的法律化,因而本身的合法性、正当性备受质疑,容易导致经济法本身的正当性危机,对现实的关照和回应力度有限。

3. 实体性有余而程序性不足

转型期经济法还有一个明显的缺陷,就是实体性有余而程序性不足。以《反垄断法》为例,素有“经济宪法”美誉的《反垄断法》历经十余载的艰难博弈,于2008年8月1日正式实施。然而这部法律本着“宜粗不宜细”的立法精神,仅8章57条,而且充斥着大量的原则性规定,且在并无配套规则的情况下便匆匆上路。立法语言的含混不清、权利义务责任的不够明确、相关实施程序的似是而非等造成了《反垄断法》成了没

有牙齿的老虎。《反垄断法》由于缺乏程序性的规定,对规则的设计缺乏科学性和可操作性,如豁免的规定不合理、垄断执法机构的不统一、没有规定行政执法的具体程序等反而成为了没有牙齿的老虎,这不得不令人对《反垄断法》的立法目的和宗旨产生质疑。

4. 行政权力有余而法律救济不足

行政权力有余而司法程序机制的缺漏,指的是转型期的经济法过于倚重行政机关的行政执法,司法程序机制在经济法的内部程序系统中处于盲区。由于经济法具有不同于传统部门法的本质特征,这些特征使得经济法必须找到符合自身特点的归属,要将经济冲突和纠纷纳入司法程序机制便是其中的最为重要的一个方面。但是反观我国的经济诉讼司法制度的设置以及实际运作,既缺乏实体法的规定,在司法程序上也存在盲区。以2005年的《证券法》修订为例,尽管立法时有过种种美好期许但在实施中却处于尴尬境地。尽管借鉴的是国外的先进制度,但是由于缺乏外部运行环境和相关配套体系的支撑,仍旧难以实现预期的功能。^①

四、转型期经济法的应然向度

综上所述,转型期的经济法带有很强的过渡性和回应性,因此转型期的经济法必须关照中国社会转型这一具体语境和生活向度,迈向法律的理想图景。当前,影响转型期经济法的变动不居的因素主要有市场体系的不断健全、政府职能的理性调整、宏观调控的持续改善、经济全球化进程的纵深影响、法律治理的日臻完善。对于转型期的经济法的发展而言,首先,要实现经济法理念的转变——从权力干预迈向法律治理,在应然法和实然法之间进行过渡;其次,要实现法律类型的转换或者是法律的变革,即从“主体”转到“主体间”,从保护个人到保护社会利益;最后,在路径选择上要摆脱经济法的理论建构的思维定式迈向回应现实的真实生活向度的法,从而实现转型期经济法摆脱国家主义的阴影,形塑时

^① 穆虹:《经济法律类型选择——一种回应型法》,载《山东社会科学》2007年第5期。

代的品格。

发展变化以及决定其发展方向的因素主要体现在:一是市场经济的不断扩展;二是政府权限的理性调整;三是经济统制的不断开放;四是经济全球化进程的不断深化;五是民主宪政的不断推进。正是这些影响因素推动着转型期经济法的变革。同时,我们需要注意的是,中国的转型期的经济法既要摆脱“矫枉必须过正”的思维定式和对于西方经济法的盲目模仿,更不能陷入传统国家主义的泥淖,一味强调“路径依赖”,而应当树立起对于经济的社会整体利益观的重新解读,使得转型期的经济法能够走出国家本位的阴影,树立现代性的性格,建立起经济法与民商法、行政法互动协调机制。^①

(一)谦抑干预:政府与市场的规范逻辑理念

当前我国的经济法研究范式存在重视理论维度的建构而忽视了对经济生活向度的及时回应。在经济法学有限的共识里仍旧存在诸多的乱象。国家干预作为经济法研究的逻辑起点和研究进路,这一理论本身的逻辑形塑却缺乏纵深性和周延性。经济法学的共识往往停留在国家干预的必要性,但是对于权力边界和规制尚且缺乏有力的理论铺垫和实践指引。不同领域的经济法学者往往从各自的视阈出发,限缩了协商合作的空间和对话的可能,主体性有余,而“主体间”不足。前述的分析说明,现有的国家干预理论可能会越过权力边界,引发掣肘市场机制发挥作用的“泛干预主义”。当前,我国正处于经济转型时期,科学处理好政府与市场、权力和权利、竞争与合作的关系,对于深化体制改革、推进市场经济健康发展具有至关重要的作用。为此,我们必须对现有的国家干预理论进行扩充和优化,刘大洪提出的“谦抑干预”理念,^②不失为运用法治思维和法治方式正确处理政府与市场关系的一种思路和新尝试。这一理念借鉴了刑法上的词汇并将其引入经济法的国家干预理论之中。刑法的“谦抑性”指的是刑罚的补充性和最后手段性,而这与国家干预在市场经济中的地位作用具有内洽性。国家干预必须正确且适当,它在

① 陈洁:《证券法》,社会科学文献出版社2006年版,第314页。

② 蒋安:《经济法理论研究新视点》,中国检察出版社2002年版,第35页。

经济实践中只能是补充性的最后手段,而不能一味地将其泛化扩大化。换言之,谦抑干预的内涵在于为国家干预设定合理的边界,以一种谨慎、谦虚的方式划定权力的边界:首先,国家干预的前提必须是市场失灵;其次,国家干预只能是市场失灵的补充手段;再次,一旦市场失灵恢复到合理的边界,国家干预就要降低强度直至退出;最后,倘若无法判断出市场是否失灵,此时国家干预不应介入,应当由市场发挥着决定性的作用。

当前,我国处于转型期,西方成熟的市场经济条件下的基本假设并不符合中国的国情,将应然状态的经济法转变为实然状态的经济法。中国的经济法理应重视谦抑干预的理念,格物致知,尊重市场的机制和规律,经济法理应保持着谦逊、内敛的品格,让市场机制发挥着决定性的作用,国家干预只是作为一种补充性的、最后的手段性机制在发挥着作用。而且,转型期经济法理应将“谦抑性”上升到经济法的基本概念的高度,从而对经济法进行整体性的关照和统领。当然,如果将这一理论上升到学科的高度,必然也会涉及对其基本范畴的重构和解读:就调整对象而言,独立的经济法律关系并不存在,它必须受市场机制的影响;对经济法主体进行类型化的区分,充分尊重了民法对于市场机制的调节作用,经济法主体的灵魂中必然会内洽民法基本主体的品格;等等。

(二)转型期经济法的调整——从权力干预迈向经济法治

传统的经济法研究范式混淆了市场干预与法律调整的区别,过分夸大了国家模糊了政府主体的角色定位,影响了对经济法理论体系的整体性认知。事实上,经济法是对市场经济的调节,本质上是一种法律治理。转型期的经济法的调整必须实现从经济干预迈向法律治理,必须践行法治的思维,在符合和尊重市场经济基本规律的情况下通过法律规范对经济法的运行和发展加以规范和指引。我们要迈向法治经济,一方面法律制度能够规范市场经济秩序;另一方面它是在法律运行之下的经济发展模式。在转型期的经济法肌体内,同样蕴含三种不同性质的法律规范,市场规制法、宏观调控法、国家投资经营法。市场规制法理应恪守谦抑性的原则,优先发挥市场的调节作用,国家干预只能是在市场失灵的情况下进行补充适用。以市场规制法的核心《反垄断法》为例,反垄断的立法中对于行政垄断的规制语焉不详,尽管该法已经展现出对于权力控

制的必要限制,但是在法律责任的承担上并没有明确经济责任的法律设置。正如有些学者将《反垄断法》比作没有牙齿的老虎。因此,必须反思和改进现有的市场规制法中的权力限制条款,明确经济法律责任的设置。从宏观调控领域的实践来看,宏观调控的举措明显带有政策偏好的特点,法律治理色彩不浓。宏观调控的法治理念尚未确立,法律依据不足,法律治理模式尚未建立。1995年的《预算法》粗糙、含糊,毫无可操作性,往往被称为“软约束执法”;我国金融立法实践中存在国有商业银行的垄断利润、民间金融的不发达、中小企业融资的困境、金融消费者权益的保障等方面的问题等。在国有资本投资经营管理方面,国家以放松竞争执法,重点支持国有企业的方式,推进经济增长,导致了国有资本过多地渗透进入了竞争性的行业,从而造成了国家投资结构的失衡、资源的浪费。

笔者认为,经济法的立法理念也要随着制度的变迁而进行调整,即从权力干预迈向法律治理。经济法治对于市场经济的建设来说是一种全新的思维方式和治理机制,旨在为经济健康发展形塑健全的制度框架和营造良好的秩序环境。经济法治要厘清政府与市场的各自职能分工和作用边界,立足社会本位,以促进社会整体利益的最大化。同时,在具体制度的形塑方面,更应该依据国家对于市场经济规制所涉及的领域的不同,而对经济法治进行相应的规范化和具体化,从而真正发挥着经济法治的原初功能。经济法的调整要从单一干预到微观规制和宏观调控的辩证统一,国家应当以公私交融的思维将经济法治落到实处,维护市场竞争,保障经济运行的平衡,促进经济发展和社会整体利益的提高。

(三) 转型期经济法的现实拓宽:范式与路径的交互映照

转型期的经济法的肌体内存在三种不同类型的法律规范,经济法自身的复杂性决定了其调整对象的复杂性和差异性,因而导致对于转型期经济法的抽象化和体系化尝试都困难重重。当前中国经济法研究在范式选择上脱离了中国的总体经济现实,不能有效回应转型期的现实实践,导致了经济法成为了软约束之法。为此,我们必须重新审视和反思经济法的维度和路径,正确把握经济法的法律模式,厘清经济法发展的内在理路。

通过前述对经济法研究范式的梳理,笔者发现对于经济法的文本供给与市场需求的悖论集中体现在“国家干预能否法治化”这一命题上。

曾经一度,学界笃信经济法实施的逻辑前提是“国家干预法治化”,不经意间让经济法成为体现法治的形式理性法,而忽略了经济法自身的实质化追求。在中国经济法30余年的研究历史中,学者们沉迷于形式理性法之治,将经济法看作国家干预经济的基本法律形式。这种以强调国家权力为中心的研究进路,背离了经济法生成的内在逻辑和社会根基,忽视了经济法与市场经济的内洽性,导致了经济法的多维样态和实践迷思。

因而,在对现有经济法研究范式进行反思和解读的基础上,在维度和路径的双重拷问之下,对于经济法的性质应当迈向一种实质理性法或者回应型法。实质理性的经济法在法律模式选择上属于韦伯法社会学类型中的实质理性法这一法律类型。^① 它从法律类型学的角度,注重探讨经济法对传统法律中的形式理性的扬弃,克服了形式理性的失灵,确立了兼具弹性和可控性特点的法治保障体系。从经济法的规范语境来看,它是回应性的法,它扬弃了形式理性,采用了实质理性,在推理技术上注重利益平衡和目标导向。经济法作为因应市场需要的法律治理模式,^②要逐步剔除国家主义的倾向,不断推动法律文本供给的创新和结构调整,实现经济法的调整从国家干预到法律治理的历史使命。

总之,我们应当将经济法定位为实质理性法或者是回应性法。这种实质理性法应当剔除国家干预法治化的固有思维定式,实现国家和社会对公共生活的合作式管理,要重视和发挥第三部门的作用,促使社会产生更多与政治国家进行有效协商的民间社会组织,赋予其相应的权能和地位,从而确保经济法合理运行的方向;同时,要注重经济法的非强制性,增强法律的可接受性和互惠性,在谦抑性视角下实现经济法理论体系的重构。^③ 美国的著名法学家、联邦最高法院的大法官霍姆斯曾经说过:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。^④ 这句话对于转型期经济

① 叶明:《经济法实质化研究》,法律出版社2005年版,第100页。

② 陈婉玲:《经济法权力干预思维的反思——以政府角色定位为视角》,载《法学》2013年第3期。

③ 刘大洪、段宏磊:《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》,载《法商研究》2014年第6期。

④ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, 1963, p. 5.

法来说同样的重要。注重经济法之实践运作,而不是片面注重概念体系的架构,在实践运作中检验和发展中国的经济法学理论,将是中国转型期经济法学的核心任务之一。

五、结束语

法治是推动我国市场经济体制建立和完善的客观要求与必然结果,不仅为我国的国民经济营造了良好的秩序环境,而且为我国的市场经济的可持续发展保驾护航,但是法治在市场经济建设中不能仅仅停留在文本上而是要实实在在的予以贯彻和落实。当前我国正处于转型之中,政府与市场的和谐相处更加需要法治在国家制度框架范围内划分和确立二者各自的职能边界,并以规范化、程序化的实施机制予以保证。因此,在建立健全市场经济体制进程中,法治亟须进一步从文本走向国家生活,在国家权力结构中应从宪政的高度梳理出政府与市场各自的权力边界,尊重市场客观规律,从而创制和维护良性有序的竞争格局和竞争环境,全面升华经济体制改革。

Good Interaction in Paradigm and Path: the Economic Law's Theory Predicament and Future Development

Zhang Demiao Kang Lanping

Abstract: Our research approach is a one-way type "from west to China", Chinese economic law is probable putting the should-be economic law as the practical economic law. To go close to the practice in Chinese changing society, the Chinese economic law science community should not go to the west for evidence, but go to the reality of China, putting the idea of modesty of economic Law. We have to make the adjustment scope of economic law from power intervention to democracy of economic law.

Key Words: the economic law; paradigm; modesty of economic law; democracy of economic Law

中国法治评估指标体系的生成与演进逻辑

——从法治概念到评测指标的过程性解释

■ 张德森 ■ 李朝

(中南财经政法大学 湖北 武汉 430070)

【摘要】当前中国的法治评估指标体系在很大程度上仍是对国外经验的模仿与参照,指标体系的组成部分之间仍处于“断裂状态”。提出建构法治评估指标体系的逻辑关系模型,将中国法治评估指标体系的制定过程分解为“法治概念”、“法治制度维度”、“法治测量指标”三个阶段,并依照评估进路对中国法治评估指标体系作出过程性的阐释。其中,在法治概念阶段,提出法治“操作定义”的类型化及法治评估的制度性进路;在法治制度维度阶段,提出法治制度维度的操作准则与维度范围;在法治测量指标阶段,提出法治测量指标的设计原则,作出法治测量指标的操作试验以及建立法治测量指标筛选的数理模型,进而为中国法治评估活动的普遍推行提供理论层面的有力支持。

【关键词】法治评估;指标体系;制度性进路;制度维度;测量指标

【中图分类号】D920.1

【文件标识码】A

【文章编号】1006-7426[2015]02-0126-08

10.13553/j.cnki.llygg.2015.02.031

一、问题提出与研究进路

时至今日,法治已经被确认为中国治国理政的基本方式,也正在成为日常民众生活的基本方式,与之伴随的是“嵌入性”法治评估的广泛开展与推行^①。自法治评估引入中国以来,浙江、四川、湖北等地方政府纷纷制定各种法治评估指标体系。学者们也在参考“世界正义工程法治指数”的基础上提出各种法治评估指标与测量办法。例如,钱弘道教授提出9组评估目标与96项考评标准^②,戴耀廷教授提出了18项客观数据与4项市民主观观感^③,马怀德教授提出法治政府的7个标准与60项观察点^④等。

在笔者看来,尽管我国法治指标体系的研究方兴未艾,但是已有指标体系更大程度上是借鉴国外已有法治评估的经验与作法的结果,表现出较强的“模仿”、“照搬”与“形式相似”,并未真正建立自身的法治评估指标体系的逻辑模型。相比较而言,国外学者在总结自身评估经验教训的基础上已将重点放置于从基础概念的配置到科学的法治评估指标设计全过程。例如,Ginsburg提出应建立可测量的法治概念,使细化后的法治评估指标既能回应法治特征,并能反馈法治现实问题^⑤。再例如,Saisana和Saltellis提出法治评估指标应结合实际作出调整,保证指标精确性的同时避免指标的无效与泛化^⑥。这种思路的转变对我们制定中国法治评估指标体系是有启示性的。当然,在进入正文之前,一些关键的基本概念还是作出界定,以便于后文论述中的理解。

基金项目: 本文是张德森主持的中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题[编号:CLS(2015)ZDZX01]《中国地方“法治实施效能评价指标体系及操作准则研究”》的阶段性成果。

作者简介: 张德森(1965-),男(汉),湖北仙桃人,中南财经政法大学法学院教授,研究方向:法理学、法社会学。李朝(1985-),男(汉),河南驻马店人。中南财经政法大学法学院博士生,研究方向:法理学、法社会学。

^①波兰尼将提出“嵌入性”用于解释经济活动与社会的关系,这一概念同样可用于解释法治评估与法治的关系,即法治评估是法治的组成部分,起到助推法治建设的功能。卡尔·波兰尼.大转型:我们时代的政治与经济起源[M].冯钢、刘阳译,浙江人民出版社,2007:49-50。

^②钱弘道等.法治评估的实验—余杭案例[M].法律出版社,2013:98-112。

^③戴耀廷.香港法治指数[J].环球法律评论,2007,(2)。

^④中国政法大学法治政府研究院法治政府协同创新中心.中国法治政府评估报告(2013)完整版[C].2013-12-30.未刊。

^⑤Tom Ginsburg (ed.),Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes.2008.

^⑥Michaela Saisana and Andrea Saltelli, Rankings and Ratings: Instructions for Use, Hague Journal on the Rule of Law(2011), p. 247.

本文所指的“法治概念”是法治评估视野中的“法治”定义,这一定义区别于“严格意义上的法治”^①,其内涵即包括传统法学提出的“法律下行事”等形式法治价值,也包括现代民主法治所追求的普适性的法治伦理价值^②,是一种综合意义上的“法治”。本文涉及的“法治制度”也是基于评估技术的特征所提出,包括围绕法治运行的所有法律制度及机构设置,大致等同于吴德星教授所述的“法治规范”范畴^③。而“法治测量指标”主要指项目中具体的评价指标及评测问题,间接摒弃以往法治评估研究将“维度”与“指标”混同的作法。

笔者之所以提出法治评估指标体系的生成与演进逻辑,是因为法治评估指标的建构逻辑实则是法治概念从抽象到具体的解构过程。倘若没有对法治评估指标体系的逻辑模型作到准确和合理的论证,法治评估就很容易在操作化过程中发生变异,偏离我们预期的评估目标,甚至得出虚假乃至事与愿违的错误结论。因此,笔者提出,法治评估指标体系的建设应当建立一套规范而合理的逻辑推演程式。如图1所示,中国法治评估指标体系的生成与演进逻辑正如费孝通先生在描述“差序格局”时所说的,是“以某个点为中心…犹如投入水中一个石子后的水波,一圈圈地推出去,越推越远,也越推越薄…”的过程^④。其中,处于最中心位置的是“法治”基础概念,而沿着“制度性进阶”由内向外扩展中经历“法治制度维度”、“法治测量指标”的

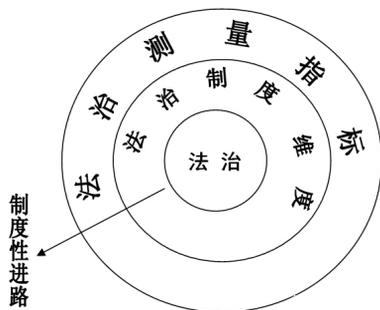


图1 法治评估指标体系逻辑结构图

分解过程,最终建构出一套既符合法治理论特征,同时也适合地方法治实践的中国特色社会主义的法治评估指标体系。

二、法治评估指标体系中的法治概念:“真实定义”到“操作定义”的转换

法治评估是建立在传统法学研究基础上采用新型的评估技术与方法对不同国家或地区法治发展与实现状况进行评价和衡量的系统工程^⑤。法治评估得以成行的两个基本条件是明确的法治概念与有效的法治评估指标,而确定法治概念是制定法治评估指标的前提与基础^⑥,也是中国法治评估指标体系的逻辑同心圆的起点。

(一)评估视野中“法治”是一种“操作定义”

作为“名称定义”,“法治”一词的正式提出始于戴雪的法治三原则^⑦。但从汉普尔的“真实定义”角度^⑧来看,法治定义的解说贯穿于整个西方法律史的全过程。从亚里士多德提出的“良法”与“善治”^⑨,到自由主义时期哈林顿提出的法治保护自由、平等及财产权^⑩、洛克提出的“依法行政”和“民众守法”^⑪等,再到之后《德里法治宣言》对法治特征的概括^⑫及德沃金提出法治的权利观^⑬等。诸多解说在丰富法治内涵的同时却致使该概念使用的无所适从,拉兹就称法治是“一种特定性实证性政治制度的方便之辞”,卡罗瑟斯也宣称“法治的实质究竟是什么,也存在不确定性”^⑭。

但是,评估项目是一项精密的科学程式,倘若将充满不确定性的“法治定义”嵌入评估模式中,就会使法治概念处于“混乱”与“无法拆分”的状态,导致法治评估无法在经验层面推进。因此,法治定义必须由“真实定义”转变为“操作定义”,才能分解为若干独立而又联系的构成要素。“操作定义”是“将我们无法得到的社会结构、制度及有关人们行为、思想和特征的内在事实,用代表它们的外在事实代替,并通过后者研究和评价前者的操作化过程”^⑮,法治评估使用的法治概念亦属此列。事实

①“严格意义上的法治”主要指形式意义上的法治,即拉兹所述的“法治仅仅是一个法律制度可能拥有并评判该制度的德性之一。它不应该与民主、正义、平等…相混淆”,是一种最低标准的法治。参见高鸿钧:《法治:理想与制度》[M],中国政法大学出版社,2002:180。

②民主法治的伦理价值指现代法治所提倡的自由、平等及人类尊严等带有实质特征的法治价值内容。参见夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》[J],《中国社会科学》,1999,(4)。

③法治规范指依照法治原理制定的法律、法规,还包括为实施这些法律法规而做出的机构设置。参见吴德星:《法治的理想形态与实现过程》[J],《法学研究》,1996,(5)。

④费孝通:《乡土中国》[M],上海人民出版社,2006:22-23。

⑤参见张德森、李朝:《法治评估的实践反思与理论建构——以中国法治评估指标体系本土化为进路》[C],2013年湖北法理学会年论文集。

⑥参见钱弘道:《法治评估的实验——余杭案例》[M],法律出版社,2013:1。

⑦戴雪提出法治的三原则,即没有事先的法律规定就不得惩罚、法律面前人人平等、个人的权利以一般法院提起的特定案件决定之。参见汤姆·宾汉姆:《法治》[M],中国政法大学出版社,2012:3。

⑧任何定义都包括定义项与被定义项,被定义项也就是真实定义,指的是通常对法治的基本特征或属性的概括与总结。参见张榕、宋柔:《一种被定义项的识别策略》[J],《当代语言学》,2007,(1)。

⑨参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》[M],吴寿彭译,商务印书馆,1965:199。

⑩参见[英]詹姆斯·哈林顿:《大洋国》[M],商务印书馆,1963:20,37,104。

⑪参见[英]洛克:《政府论(下篇)》[M],商务印书馆,1964:59。

⑫法治的特征概括为“法治原则、制度和程序对于个人抵制专断政府、对于个人维护人之所以为人的尊严,至关重要”。Geoffrey de Q.Walkerr,《The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy》,Melbourne University Press,1988,pp.6-7。

⑬夏勇:《法治是什么?——渊源、规诫与价值》[J],《中国社会科学》,1999,(4)。

⑭转引自汤姆·宾汉姆:《法治》[M],中国政法大学出版社,2012,(7)。

⑮风笑天:《社会研究方法》[M],人民大学出版社,2001:102。

上,通过构成要素组建法治概念的作法已在学界得到广泛应用。例如,富勒提出法律内在道德的八项标准^①、菲尼斯提出法治八项要件^②等,这些已有研究也为建立法治“操作定义”的提出奠定了学理基础。通过法治定义的操作化,“概念就转化为变量形式…能反映现象或事物在规模、程度、性质、种类上的具体差异”^③,保证科学与准确的评估法治具有现实可能性。

(二)建立法治“操作定义”的前置条件

风笑天教授指出:“操作化过程就是沟通抽象的理论概念与具体经验事实的一座桥梁”^④,但是沟通二者的“桥梁”并非唯一的。因为法治评估的视角、方法或目的的不同,就可能衍生出不同类型的法治“操作定义”。但是,任何法治“操作定义”的提出都必须符合三个前置条件:

其一,法治定义可分解为若干构成要素,且不同构成要素之间可替代的而非绝对固定的。法治“操作定义”不再是对法治属性和特征的整体概括,而是总结和提炼出不同面向的构成要素。而法治构成要素的可替代性并非指法治的多元解释或不同类型,而是强调可用不同方式、不同要素来定义法治和解释法治^⑤。在不同地区或国家中进行评估时,也可基于其自身的法治形式或地方知识作出个别要素的替换与增添。当然,要素彼此间的替代也不能因强调评估区域的特殊之处而忽视和背离法治的普遍的、基本的价值与精神。

其二,法治定义是由若干关键要素构成的框架结构而非完整意义上的法治样态。世界正义工程法治评估项目中指出“这些法治指标无意于提供一种既存法律体系的制度结构和运行过程的完美描述,而是要提炼一系列关键性要素。而这些系列要素将为法治核心功能的实现提供评价系统”^⑥。不同国家或地区的法治形式之间存在着或大或小的差异,但任何“法治理想样态”都无法摆脱相对固定与稳定的关键要素,法治“操作定义”关键在于提炼出与“法治理想样态”相吻合的法治结构性要素。

其三,法治定义在不同时空情境下存在着个体差异与动态变化。作为“操作定义”的法治更具有现实指向,其内涵在历史历时的演进中也融入不少新的要素。同时,不同情境中社会动态运行和现实片段也会影响法治操作定义的界定。据此产生的结果是无法在法治评估领域提出放之四海之唯一标准,而应保证法治操作定义的开放性与接纳性,并通过与其所依赖的社会情境之间的互动,来获取对法治的相对合理与科学的解读。

(三)法治“操作定义”类型化与中国法治评估进路选择

符合以上三个条件的“操作定义”是典型的类型化的法治定义^⑦,即在无法提出精准而全面的法治定义的前提下,研究者可以依照不同的路径或标准(approach)定义法治^⑧,这就构成了法治评估的不同进路。法治评估进路就是研究者在法治定义类型化过程中选择的操作路径,依循不同的法治评估进路可能会产生不同功能与作用的法治评估指标体系。同样,厘清法治评估指标体系的进路类型,才能结合中国法治情境与法治现实作出恰如其分的进路选择:

1.法治评估进路的两种“理想型”及其比较

通常而言,法治评估进路可以分为两种理想类型,即制度性进路(The institutional approach)和价值性进路(The values approach)^⑨。制度性进路的法治评估以现实社会中已经确立并运行的各项法律制度或机构为对象,通过抽象不同制度或机构之间相似或相同的法治价值或目的进行比较。与制度性进路不同,价值性进路的法治评估指标体系主要关注使得这些制度成立的动机、目的,这些制度服务的目标,并通过法治的价值形态的集合形式反映和呈现法治特征。从价值性进路来讲,法治应该服务于致力一个自由的社会,创造使每个人都能追求自己的价值和目标的大众福利^⑩。法治评估的制度进路还是价值性进路,二者之间并无优劣之别^⑪。但是,具体至不同评估地区,选择何种评估进路则来自两种进路的比较及与评估地区的契合程度^⑫。

如表1所示,法治评估的制度性进路与价值性进路各有侧重。制度性进路的法治评估之优势在于:其一,政府作为评估主体参与法治评估,便于大量与政府相关的数据的有效收集,并保证数据资料的时效性;其二,评估目标定位于“查错”与“纠错”,能迅速反馈已制定的法律制度及运行中存在的问题,有助于查找评估地区法治建设的不足并进行改进。其三,评估可在法制统一的较大范围内开展,能从概观和整体上把握法治建设过程的状态,为地方法治规划提供经验资讯。较之制度性进路,价值性进路的法治评估也有其独特的优势:其一,中间组织或第三方组织评估,可保证法治评估活动的独立与公正,免受外在因素的干扰。其二,评估目标定位于不同评估地区或国家的比较,有助于评估地区或国家更清楚的认识自身法治的真实水平,甚至明晰与其他法治地区或国家之间的差距。其三,评估除

①参见[美]富勒.法律的道德性[M].郑戈译,北京:商务印书馆,2005:55-96.

②参见[美]约翰·菲尼斯.自然法与自然权利[M].董娇娇等译,北京:中国政法大学出版社,2005:216.

③袁方.社会调查原理与方法[M].教育科学出版社,1991:134.

④风笑天.社会研究方法[M].人民大学出版社,2001:102.

⑤沃克认为,“至少人们可以依照不同的路径或标准(approach),即以价值标准定义法治、以规则标准定义法治、以机构标准定义法治、以程序标准定义法治”,参见Geoffrey de Q.Walkerr,The Rule of Law:Foundation of Constitutional Democracy,Melbourne University Press,1988,9.

⑥Mark Agrast,Juan Carlos Botero, and Alejandro Ponce:The World Justice Project Rule of Law Index 2011,The World Justice Project Publish,2011,p.8.

⑦法治定义的界定往往包括对法治特征、价值、规范制度等多个方面的内容,但是这些内容分布于不同的层次,法治定义的类型化是指按照相同路径选取处于相同层面的法治要素组成的法治概念,是一种“概念上纯粹的类型”,而在现实中则更多表现为“相似与相符合”的状态。参见马克斯·韦伯.经济与社会[M].上海人民出版社,2010:57.

⑧Geoffrey de Q.Walkerr,The Rule of Law:Foundation of Constitutional Democracy,Melbourne University Press,1988,7.

⑨按照韦伯“理想型”的划分,法治定义的操作可形成两种类型的进路模式,即法治评估的制度性进路与价值性进路。制度性进路的特征是构成法治的要素是制度形式及其背后蕴含的价值,而价值性进路则更强调法治的目的性或伦理性价值。参见张德森、李朝.中国法治评估进路的选择[J].法商研究,2014,(4).

⑩Geoffrey de Q.Walkerr,The Rule of Law:Foundation of Constitutional Democracy,Melbourne University Press,1988,11.

⑪参见戴耀廷.香港法治指数[J].环球法律评论,2007,(6).

⑫参见张德森、李朝.中国法治评估进路的选择[J].法商研究,2014,(4).

表1 法治评估制度性进路与价值性进路的比较示意图

法治评估进路类型	评估主体	评估对象	评估范围	评估功能	法治评估方法
制度性进路	政府相关部门或委托第三方	法治制度、机构及运行状况	法制统一的国家或地区	测量和评价法治建设状况,为法治建设提供建议	定量方法、实验与准实验、调查等
价值性进路	科研组织或跨国机构	法治现实及其与法治理想的差距	既可在国家或地区内部,也可跨国家和地区	总结与反思法治现实,完善法治的内涵与价值	定量方法、定性方法、个案法、开放式访谈和观察、记录回顾等

了比较不同地区或国家的差异外,还可以在法治水平较低的地区或国家挖掘法治资源,凝练该评估地区的法治价值。其四,法治评估方法具有多样性,既可使用量化统计技术,也可采用访谈、个案、田野等质性方法。而在法治评估指标体系设计方面,制度性进路与价值性进路的差别主要集中在“评估对象”、“评估功能”及“评估范围”三个方面,作出评估进路选择的关键在于我们是否找到与中国法治情境相契合的法治评估模式,而非简单否定某种进路而支持另一种进路的武断判定。

2. 中国法治评估的制度性进路之选择

新中国的成立和发展嵌生于近代世界性的现代化过程中,“我国的法律,从形式到实质内容,从概念到精神…不再是与本国历史相连接,从本国社会生活中逐渐生长出的一套规范体系,而主要是以西方法律为蓝本制定的”^①。显而易见,“中国的法治发展道路不是西方传统的自我演进,也并非哈耶克意义上自由秩序的延展”^②,而是由“国家上层建筑”自上而下地推进法治规划蓝图的产物。由此产生的后果是:其一,法治制度与法治价值的脱节,符合基本国情和民生特征的法治伦理价值仍处于探索阶段;其二,法治现实的整体特征和总的走向尚未得到清晰的把握;其三,法治实践中各类问题频出,而且无法辨别问题的特殊性抑或普遍性。

选用价值性进路,中国法治评估将会遭遇两难之境:如果设计法治评估指标体系,虽然可保证了评估的概观与全面,但势必要放弃部分蕴含重要地方伦理价值的法治要素,由此设立的指标体系也会丧失针对性与精准性,无益于现有法治生活中冲突与矛盾的及时化解。如果选择局部或微观问题进行纵深评估,则会因当前法治本土资源的不充分而陷入定性评估范式中,无法提炼出覆盖全面的测量指标,也无法建立合理的完整的评估指标体系。

十八届三中全会的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”,其目标是为现行法治运行状况进行“把脉”与“体检”。而制度性进路的法治评估恰能符合这个正当诉求:第一,制度性进路的法治评估强调法治价值与法治制度之间契合程度。法治的实现过程是“法治理想的规范化过程以及法治规范的现实化过

程”^③,将内在的法治价值原则转换为外部的法治规范要素,进而构建的法治评估指标体系,既可以反映评估地区实际的法治价值与原则,也可能反映理想法治价值与实际法治规范的匹配与吻合程度,对中国法治建设有着独特的价值与意义。第二,制度性进路的法治评估兼顾概观与全面,可“为法治现实矛盾提供准确而客观的资讯”,“为法治全局作出详细的描述,反映法治建设中的普遍性问题”,甚至能够为下阶段法治规划提供有价值的改进思路与意见。

三、中国法治评估指标体系的制度维度:操作准则与维度范围

维度是分类的技术术语,法治制度维度主要指法治概念在制度层面的若干具体且可指明的面向^④。“制度实质上是有明确界限的运转单位”^⑤,法治制度既可理解为与法治相关的机构或职能,还可理解为专门的程序或秩序^⑥等多个方面,所以法治制度维度应建立符合一种法治理想样态的变量组合。但是,不同于法治价值的普适规律,法治制度在不同时空中表现出更大的差异甚至是地方性特征^⑦。为此,笔者提出法治制度维度的操作规则,并从中国自身的法治制度中发掘与提炼关键性制度要素,这也是法治评估指标体系逻辑同心圆中不可缺少的中间环节。

(一) 法治评估指标体系中制度维度的操作准则

“许多比较抽象的概念往往具有若干不同的方面或维度…指出概念所具有的不同维度,对于概念的操作化、测量指标的选择以及对综合的理论思考和分析,都是十分有用的”^⑧,这既强调提出法治制度维度的重要性,同时也反映出法治制度维度自身的多样性,而任何法治制度维度的提炼都必须遵从以下三项操作准则:

1. 承载和反馈法治价值基准。

法治评估项目应当遵循法治的基本价值与原则,评估地区的法治价值基准是法治制度维度的理论基础。中国法治的价值基准包括“法律至上”、“权力制约”、“法制健全”、“程序正当”、

① 孔庆平.改造与适应——中西二元景观中法律的理论之思(1911—1949)[M].上海三联书店,2009:4.

② 参见蒋立山.中国法治发展的目标冲突与前景分析[J].法制与社会发展,2009,(1).

③ 吴德星.法治的理想形态与实现过程[J].法学研究,1996,(5).

④ “法治制度维度”的提法来自法治制度层面与评估维度技术层面的结合,是将法治制度作为法治定义分解基本方式的结果,法治制度也为此成为评估测量的分解因子。

⑤ 劳伦斯.M.弗里力曼.法律制度——从社会科学角度观察[M].中国政法大学,2004:5.

⑥ Jerome Skolnick,“Social Research on Legality:a Peplly to Auerbach”,Law and Society

⑦ 这种差异与地方性特征表现为三个方面:其一,法治制度遵循历时变化的规律;其二,具有地域性和文化属性的基本特征;其三,制度内容上也较为繁瑛和复杂。

⑧ 风笑天.社会研究方法[M].人民大学出版社,2001:104.

“民主与形式平等”、“权利保护”、“正义和合道德性”等必选项^①,法治制度维度组成要素也不能背离这些价值基准。同时,法治制度维度也不能逾越法治价值基准的限制;“在法律产生之前,人类社会早已存在并有序的运行着…甚至在当今的许多法治社会,大多数冲突和纠纷也并非通过法律手段解决的”^②,这也揭示出现实生活中必然存在法治无涉的空白区。“中国社会治理评价指标体系”提出的“人类发展”、“社会公平”等维度中,既有与法治相关的内容,又包括其他类型的维度^③也说明这一点。超越法治价值而扩展法治评估覆盖面会导致与现有的部分社会指标重叠,造成评估成本的重复与无故损耗。

2. 保证自身的层级规齐与结构完整。

法治制度面向众多,从不同角度可得出不同的组成要素,故法治制度维度应当保证层级上的规齐:其一,不同制度维度之间是独立与不重叠的;例如,湖北法治建设指标体系提出的“推进依法行政”与“加强组织领导”两个维度之间就有部分内容的重复,实则不利于评估科学性的提升。其二,不同法治制度维度必须是同层级面向,切勿将不同层级的法治面向混为一谈;例如,“四川省法治考核指标体系”提出“地方立法内容科学、程序规范”、“地方行政执法公正有效”等维度之间既相互独立又相互关联,层级结构较为一致。第三,法治制度维度还应呈现地方法治样态的全局与整体特征。例如,余杭法治实验选择的九项维度、四川法治考核指标体系选择五项维度等,都是结合地方法治建设规划与发展战略基础上,提炼地方法治制度关键节点的尝试,力图使法治制度维度群更充分的反映法治理想样态的全貌。

3. 具有可操作和可测量性。

缺乏操作可行性的法治制度维度是没有价值的,而判断法治制度维度是否具备操作性与可测量性的关键在于制度维度

与测量指标的转换关系:其一,制度维度能否“转换”为测量指标;制度维度本身不能直接应用统计技术,必须通过测量指标的替代和转换才能建立数据收集的标准。建立“维度—指标群”之间相对完整与系统的对等关系才能保证法治评估是可行的。其二,制度维度能否“有效转换”为评测指标;制度维度不仅能够转换为测量指标,而且这种转换的效用应当受到重视。通过测量指标能在多大程度上反映和体现制度维度的全面特征也是评估有效的基本要求,否则可能出现“本来要测量某一维度而实际测量的却是另一维度的现象”。

(三) 法治评估指标体系中制度维度的基本范围

“法与时转则治,治与世宜则有功”,法治制度维度应努力达到与中国法治现实的内在契合,与中国法治建设步伐一致,为中国法治运作提供帮助。而所有目标实现的重点在于提炼出相对科学与合理的法治制度的基本维度及范围^④。考虑到法治评估的特殊性,制度维度的渊源主要包括“中国法治制度建制与发展的重点领域和已有成果”、“法治中国建设工程的规划蓝图”以及“国内外法治评估经验与教训”,并在综合统筹中对制度维度分解操作。

如图2所示,笔者将中国法治制度分解为“立法的民主与科学”、“依法行政与法治政府”等八项维度,这八项维度之间是相互独立的,其中维度1-3及维度8是围绕着“立法”、“执法”、“司法”和“守法”四个领域展开的,而维度4-7则是当前中国法治建设的实质重点,它们彼此之间也中国社会主义法治建设全局中密不可分整体。而诸如“法治湖北建设指标体系”提出的“经济、文化、社会和生态文明法治建设”维度之类的内容^⑤均可分解为不同的评价面向融入至以上提出的八项维度当中,作为该八项维度的子维度或指标。

纵观而论,以上提出的法治制度诸维度之下都存在数以百

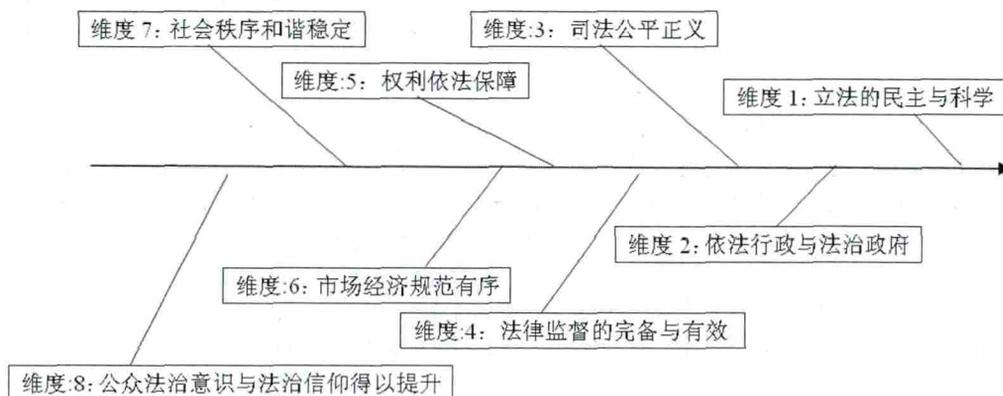


图2 法治制度维度分解简易鱼骨图

①这七项内容系根据不同学者的观点作出的提炼,是中国法治价值层面的基本准则,也是中国法治评估指标体系所应当遵循的基本价值原则与标准。当然,这一价值基准并非必然是正确的,更多的是为满足法治评估的实施而做出的一种概括与总结。

②[美]唐·布莱克.社会学视野下的司法[M].法律出版社,2002:81.

③社会治理评价指标体系中包括社会公平、社会保障、公共安全等指标,与法治社会涉及的社会安全、社会矛盾处理、社会福利等方面有考评内容上的重叠。“中国社会管理评价体系”课题组,俞可平.中国社会治理评价指标体系[J].中国治理评论,2012,(2).

④笔者提出的法治评估指标体系中诸多制度维度不仅源自中国法治建设的成就与社会主义法律体系及其部门设置,同时也借鉴国内外已有的法治规范维度的经验作法。法治制度维度的范围是选择制度维度的关键点作为评估的主要内容,实则限制和缩小法治制度维度的评估内容。当然,法治制度维度范围的确定与研究者的关注点也密切相关,也是一种仁者见仁的认识,存在多样化的可能性。

⑤法治湖北建设评估指标体系提出的八项维度之间存在重叠之处,笔者将其中的“组织领导”归入“依法行政”,将“经济、文化、社会和生态文明法治建设”分解为“行政”、“司法”、“市场秩序”等方面并分散融入维度当中。参见《法治湖北建设指标体系》,湖北法治发展战略研究院,2013年9月9日,未刊。

计的法律规范性文件、相关机构配置以及这些制度、机构运行实施的数据资讯。从法治操作化角度分析,我们必须从这八项法治制度维度中选择最为重要和突出的评估重点,作出维度范围上的界定,才能化繁为简,使接下来的法治测量指标操作化得到有效延续。

如表2所示,法治制度的八项维度能够在各自内部作出相对聚焦的范围限制,而这种范围限制的重点是找到各维度的观察点,使制度维度的指向更加明确,也使法治评估从“抽象”到“具体”的操作更加清晰。例如,在立法维度上,考察立法民主与科学的关键在于“公众参与”与“实质与程序的科学”,而这些子维度也构成下一阶段测量指标评价的重点。在“社会秩序和谐稳定”维度上,“违法犯罪的打击与控制”、“潜在冲突的化解与后续整治”与“基础安全建设”也成为该维度的主要观察点。而在“公众法治意识与法治信仰”维度方面,“全面普法教育”、“体制与机构的设置”、“法律职业教育”等也成为衡量法治素养的观察点。这些更加细微的观察点的确定也为下一阶段测量指标的划分奠定了基础。

但是,正如艾尔·巴比所述“当对变量进行操作化时,人们常常发现自己并不完全清楚对变量的哪些维度感兴趣…重要的是要清楚哪些维度对研究更重要”^①。笔者提出的法治规范诸维度及其范围更多的是一种相对科学与合理的有限探索,这些制度维度究竟在何种程度上反映出中国法治全局与整体的特征仍然是一项长期工程。必须承认的是,尽管竭力提出完善的制度维度及范围,但是部分带有地方价值的制度面向也面临着弃用与缺失。当然,对任何性质的评估项目而言,这种不周延是量化技术自身所无法克服的,也是可以接受的。

四、中国法治评估指标体系的测量指标:原则、例证与筛选

法治制度维度确立之后,法治评估指标体系才演进推行至逻辑同心圆的最外环,也是法治评估指标体系的最后和最关键的阶段,即法治测量指标设计阶段。“不同的操作结果在反映概念内涵的准确性和涵盖性上存在着程度上的差别,唯一的、绝对准确、绝对完善的操作化指标是不存在的”^②,法治测量指标仍面临着多样的选择可能性。虽然我们无法确定唯一准确的测量指标,但是提出测量指标的基本原则,对测量指标的操作进行模拟实验以及建立测量指标筛选模型,这些都是极富意义的工作。

(一)法治测量指标的基本原则

科学的法治测量指标应符合以下一般性测量原则:其一是测量指标是合理和实用的。“测量指标的主要角色是…推进资料搜集程序的设计,从而为项目正常发挥绩效提供有意义的信息”^③,这就要求法治测量指标必须建立与法治制度维度之间的对应和转化关系,同时符合法治建设的基本需求,具有现实价值。其二是测量指标是有区分度和代表性的。“选择测量指标就要选择那些区分出各个个体好坏、高低的差别的指标”^④,区分度高和代表性强的测量指标能保证评估者发现不同区位、不同群体之间的差异性,对评估地区法治状况的描述也更为精确。其三,测量指标是能够回答并实现数字化计量的。“不能回答的问题或许能引起哲学家的极大兴趣,但是对于那些需要获得评估结果的评估者和决策者而言,显然毫无意义”^⑤,法治测量指标必须是能够收集数据讯息的提问;此外,法治测量指标必须

表2 中国法治制度诸维度基本范围示意图

法治制度维度	法治制度维度的基本范围
民主与科学的立法	1、立法的公众参与程度 2、立法内容科学 3、立法程序规范 4、立法过程与结果公开。
依法行政与法治政府	1、政府机构及职能权限法治化 2、政府信息公开 3、政府决策民主科学 4、行政执法科学高效 5、行政监督、问责机制健全与人员配置合理。
司法的公平正义	1、司法程序合法,保障人权 2、司法独立得到保证 3、司法坚持法治原则,裁判合理公正 4、司法过程与结果公开。
法律监督的完备与有效	1、人大监督机制运行良好 2、党组织依法执政得到监督 3、行政监督健全有效 4、司法监督科学高效 5、社会监督有序开展。
权利依法保障	1、宪法基本权利得到严格落实 2、法律服务市场规范合理 3、法律资源供给充分有效 4、法律援助机制运用得当。
市场经济规范与有序	1、健全现代产权制度,市场主体意思自治得以保护 2、市场经济的经营与交易规则明确并得到有效遵守; 3、健全完善市场竞争的规则,危害市场公平竞争的行为得到有效处理 4、政府经济管理行为合法展开。
社会秩序和谐稳定	1、及时有效打击各种违法犯罪行为 2、及时化解社会矛盾纠纷 3、依法完善公共安全基础设施建设 4、流动人口管理得当 5、安置帮教矫正工作有效推进。
公众法治意识与法治信仰	1、以宪法和法律为核心的全民普法教育有效推进 2、普法教育机构设置完整,配置合理 3、重点领域普法教育有效开展 4、法治舆论宣传载体多样,成效明显 5、法律职业教育成效显著。

① 艾尔·巴比.社会研究方法[M].华夏出版社,2005:181-182.

② 风笑天.社会研究方法[M].中国人民大学出版社,2001:107.

③ [美]彼得·罗希、马克·李普希、霍华德·弗里曼.评估:方法与技术(第七版)[M].邱泽奇、王旭辉、刘月等译,重庆大学出版社,2007:49.

④ 李家林主编.中小企业绩效考核指标设计[M].化学工业出版社:8.

⑤ [美]彼得·罗希、马克·李普希、霍华德·弗里曼.评估:方法与技术(第七版)[M].邱泽奇、王旭辉、刘月等译,重庆大学出版社,2007:50.

能够实现数据化,即便是定量指标,也必须具备类型分化与赋分数字处理的条件。

作为评估项目的一种,法治测量指标因其评估对象的特殊性,因此也形成了独特的测量原则:其一,以制度指标、过程指标与结果指标兼容方式建立指标组合模式。法治测量指标可分为制度指标、过程指标与结果指标三种类型^①,三类指标之间必须保持结构上的平衡,任何制度与过程指标的测量中都不缺少结果指标的评价。其二,主客观法治测量指标相辅相成,主观指标与客观指标之间互相验评。“在法治指数的设计中,主观指标与客观指标的关系是重要的基础性问题”^②,客观指标提供给评估者的讯息大都是宏观层面上法治制度的实施与运行状况,主观指标则负责对各项制度及机构的运行效果进行的微观评价。此外,主客观法治测量指标之间还存在“证真”与“证伪”的关系,通过相关的主观测量指标,从“实施成效”倒推“运行态势”,证真或证伪客观测量指标的可行性。其三,通过评估地区质性资料的技术处理拓展地方特征的法治测量指标。与不同评估地区法治密切相关的地方法规、经验作法之间也可能存在内容上的差别。例如,房屋买卖合同纠纷中的“一房二卖”问题,有些地方法院依照《物权法》的产权登记制度认定房屋所有权归属,而有些地方法院则主要考虑“房屋占有的公示”来判断房屋买卖合同的合法性,从而对房屋所有权归属作出认定。在相关的法治制度维度方面也应当融入此类指标,以准确反映评估地区的法治真实样态。

(二)法治测量指标的模拟实验——以“司法公平正义”维度为例

尽管已明确地提出法治测量指标操作原则,但作为一项绩

密而又繁琐的操作化过程,法治测量指标从抽象到具体的转变仍然是在“试错”与“调整”的实验中得到从优的选择。笔者以“司法公平正义”维度为例,结合法治测量指标设定的要件与规则来演示指标的筛选过程。

如图3所示,“司法公平正义”维度可分解为“司法程序正当与实体公正”、“司法机关独立行使司法权”等五个面向,而这五点也是选择关键节点作出的提炼,保证对司法公平正义的测量既是合理同时也是可行的。笔者选择其中的“司法程序正当与实体公正”作为进行指标操作。从指标操作规则上看,“司法程序正当与实体公正”包括“程序正当与实体公正的制度指标”、“司法程序与实体的实施过程指标”及“司法程序与实体的结果指标”三个方面。考虑到现行司法制度及部门法规定门类齐全、内容建制丰富,单纯地从制度设置层面归纳,是无法建立有区分度和有代表性的测量指标的。而且,“司法程序正当与实体公正”所衡量的重点是“程序的正当性”与“裁判的公正性”两个面向,因此,“司法程序与实体的实施过程”与“司法程序与实体的实施成效”成为该维度中法治测量指标设计的主要关注点。其中,在“司法程序与实体的实施过程”方面,笔者提炼^③出“刑事案件报案数、立案数”、“刑侦破案率”、“法院审理案件数”等六组客观指标,用于衡量不同司法机关在案件审理中的履职情况、程序适用与实体裁判情况。而在“程序正当与实体公正的实施与落实”方面,笔者提出“立案数与报案数的比率”、“超审限案件比率”等六组客观指标与“报案人员对公安局立法的评价”等由不同受众组成的五组主观评价指标。纵观这十二组法治测量指标中,“司法程序与实体的实施过程”的六组指标与“司法程序与实体的实施成效”的六组指标之间彼此可以相互

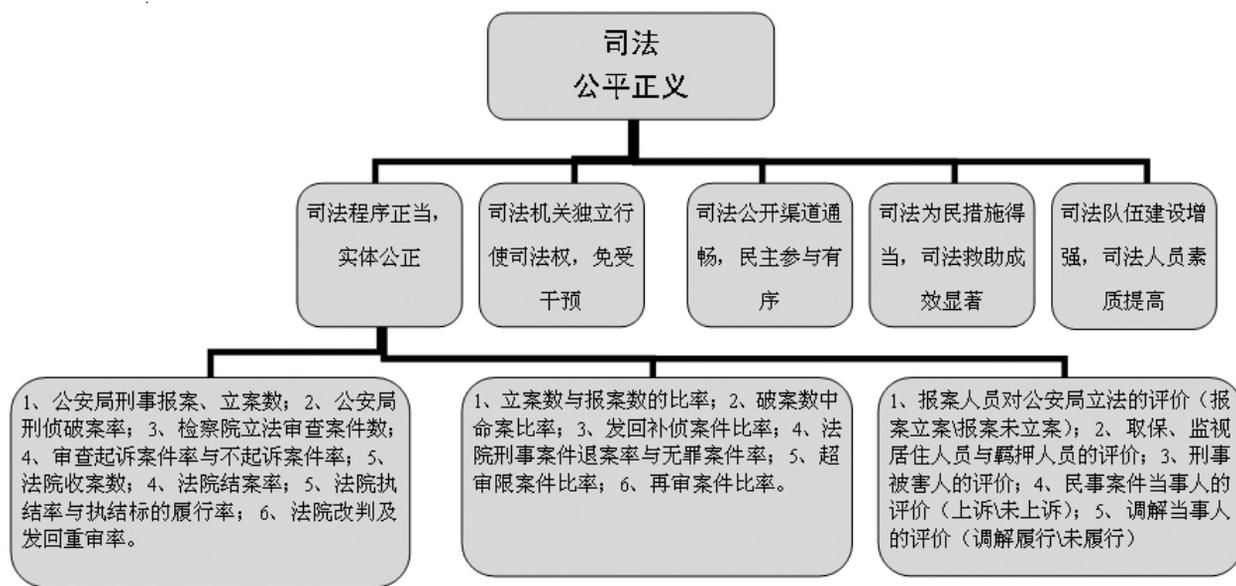


图3 “司法公平正义”测量指标分解示意图

①制度指标主要反映特定或相关制度配置与机构设置的情况,过程指标主要是指法律制度、政策的实施与机构的履职与运行情况,而结果指标主要是对制度执行或实施效果的评价,三者构成一套指标组合。

②蒋立山.中国法治指数设计的理论问题[J].法学家,2014,(1).

③笔者对法治测量指标的提取严格遵循法治测量指标的前提条件,同时也按照法治测量指标设计基本规则作出,是基于以上提出各种要件作出的的尝试性试验。

检测和验证,进而综合评价该项维度或面向的法治现实状况及其间存在的问题。

同样,根据法治测量指标设计规则,“司法队伍建设有序开展”可分解为“司法队伍建设的制度规定”、“司法队伍建设的执行与落实”及“司法队伍建设的成果”三个方面。其中,“司法队伍建设制度健全”方面可细化为“详实的司法队伍业务培训制度”、“司法机关文化建设规划合理”、“全面的司法职业伦理教育制度”三组客观指标,“司法队伍建设的执行与落实”方面可细化为“案件审理同步录像率”、“司法业务培训次数与周期”、“司法文化建设活动类型与次数”、“司法人员职业伦理培训次数与周期”四组客观指标,而“司法队伍建设的成果”可分解为“司法人员定期业务考试”、“司法文化建设成果汇总”两组客观指标与“当事人对司法人员的评价”、“司法人员自我评价”两组主观指标。

由此,我们发现,不同法治制度维度在法治测量指标的择取上存在选择重点的差异。一些制度维度偏重“制度指标”与“结果指标”,突出法制的建制与运行的成效,而

另一些制度维度更突出“过程指标”与“结果指标”,以反映法定程序的遵守与结果的实现程度。而这种侧重之别的关键也是根据不同制度维度的特征及发展状况作出的。同时,我们还发现,主客观指标的组合模式,可以使原本缺乏价值评价功能的客观评价添附了价值评价的色彩,例如,在评价司法审判工作时既考核案件审理数量、上诉等客观信息,同时以当事人的评价为该客观数据信息作出佐证,综合评价司法运行的状态,实则更加全面与真实。

(三)法治测量指标的“客观筛选”——基于实证数据的二次验证

法治测量指标的科学与否,首先是通过研究者根据主观发散思维与指标设计规则主观筛选法治测量指标,这也是(一)、(二)部分所主要讨论的事项。然而,依赖研究者的主观经验提炼的测量指标必然会越多越全。但是,法治评估指标体系的全面性并不意味着指标越多越好,相反,过多的初选指标之间可能存在信息的重叠,彼此相关性较高而相互干扰,不利于量化评价的科学性。因此,法治测量指标还应当进行客观筛选。客观筛选又称定量筛选,是指不考虑指标的实际含义,完全通过收集而来的数据来确定和筛选指标^①。不同于主观筛选,客观筛选往往是在测量指标已应用,又有继续或反复使用必要之际,对原指标体系做出的反馈性筛选。

同一法治制度维度之内,不同指标之间的相关性也有强弱之分。法治测量指标应当筛选出相关系数较大的指标并作出删减。笔者使用相关系数法建立定量(客观)指标的筛选模型,根据反馈数据计算出相同法治制度维度之下的定量法治测量指标之间的线性相关程度。测算公式如下:

$$r = \frac{\sum (x-\bar{x})(y-\bar{y})}{\sqrt{\sum (x-\bar{x})^2 \sum (y-\bar{y})^2}}$$

其中, r 代表相关系数, x 代表某项法治测量指标, \bar{x} 代表数据计算的该法治测量指标的均值, y 代表与 x 处于同一法治制度维度下的其他法治测量指标, \bar{y} 代表其他法治测量指标的均值,同时还要设定一个临界值 $M(0 < M < 1)$ 。例如,在“司法程序正当与实体公正”维度之下,通过数据反馈可以得出“刑事立案数 x ”与“刑侦破案率 y ”两个法治测量指标之间的相关系数 r 。如果 $r > M$,表示“刑事立案数”与“刑侦破案率”的重复性太高,则可以考虑删除其中一个法治测量指标。通常我们选取临界值 $M=0.85$,其目的是使用较少的法治测量指标反映法治评估指标体系中85%以上的信息,进而简化法治评估指标体系的指标承载量。

不同于定量指标的连续性变量特征,定性(主观)法治测量指标收集的是离散型数据,不能直接使用数字测量,但可运用Pearson- χ^2 统计量进行测算不同主观法治测量指标之间的相关度。测算公式如下:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^k \frac{(A_i - T_i)^2}{T_i}$$

其中, χ^2 代表卡方检验值, A_i 代表某项法治测量指标的实际观测值(实际频数), T_i 代表该法治测量指标的期望值(理论频数), k 指样本总量^②。以“公众法治意识与法治修养”维度为例,公众维权意识指标(x),公众法治满意度指标(y),由于 x 、 y 都是离散的随机变量, x 可以是 x_1, x_2, \dots, x_k 之一, y 亦同理。由数据反馈的公众维权意识、公众法治满意度(x_i, y_i)的实际频数(A_i)和预期频数(T_i)的差的平方,与预期频数(T_i)之比可以计算出 χ^2 , $\sqrt{\chi^2}$ 即为 x 与 y 的相关系数。如果公众维权意识指标项(x)与公众法治满意度项(y)的相关系数较大,就意味着二者的信息重复程度较高,可择一使用。

五、结语:走向动态的中国法治评估指标体系

“法治的定义在于法律怎样被制定、实施和理解,而不是停留在任何特定的法律文本上”^③,法治评估是法治由抽象理论走向具体实践的一种尝试,也是法治的自反性监控的有效形式,有益于中国法治的自我塑造和完善。法治评估指标体系的设计中,法治经历了从理论概念到制度安排再到测量指标的全过程,型构出一条严密的生成与演进逻辑链。随着中国法治建设的纵深推进,法治评估必然进入更深层次的评价空间,其指标体系的承载内容也会愈加丰富与多元,而其制定所遵循的逻辑结构却是相对稳定和持久的。也正是这种有效的生成与演进逻辑范式,才保证走向动态的中国法治评估指标体系不会在发展过程中偏离其预期道路,对中国法治的长远发展起到积极与健康的推进作用。

责任编辑:王建华

①张启奎,王晓洁:和谐社会评价指标的筛选方法研究[J].统计与决策,2010,(1).

②Pearson- χ^2 的应用中, A_i (实际频数)可通过通过观察直接获得数据,而 T_i (理论频数)不能直接得出,需要通过 k (样本总量)* P_i (具体类别理论概率)得出,再代入公式完成检验。参见[美]戴维·K.希尔德布兰德、加德曼·R.爱沃森、约翰·H.奥尔德里奇等:《社会统计方法与技术》[M],社会科学文献出版社,2005:9-12.

③Kathryn Hendley: Assessing the Rule of Law in Russia, Cardozo Journal of International and Comparative Law, 14 Cardozo, 2006, pp.347-391.

地方法治指数的理论维度及实践走向

■ 张德森 ■ 康兰平

(中南财经政法大学 湖北 武汉 430073)

【摘要】如何量化考核、综合评价一个地区的法治化水平,是法治建设中的一个重大理论和现实问题。地方法治指数的方兴未艾,就是其中的有力探索和见证。法治指数旨在借助研究方法的综合化,建立一个用具体数值来客观评价地区的法治发展整体状况的量化标准和评估体系,以此来直观具体的反映地区的法治建设水平,体现社会的法治满意度。在已有的研究成果和实践经验上,反思性地思考地方法治指数的法治的法理逻辑,深入挖掘其理论渊源,有助于从方法维度更有针对性的优化和改进法治指数,也有助于从路径向度理性而稳妥地推动地方法治指数的有益尝试。

【关键词】地方法治指数;量化法治;法治政府;制度创新

【中图分类号】D92

【文件标识码】A

【文章编号】1006-7426[2014]06-0131-05

一、问题的提出

回顾新中国60多年的法治建设进程,法治作为一种治理的方式逐渐融入法治中国的实践样态,并日渐清晰描摹出法治中国的理想图景。十八届四中全会首次以“依法治国”作为议题,释放出法治这个时代的主题,按下了建设社会主义法治国家这个“快进键”。四中全会“依法治国”的升级版充分显示了国家层面对法治建设的高度重视。正如徐显明先生所言,目前我国法治建设的一个显著特点,就是把法治国家建设与党的依法执政、法治政府建设、法治社会建设与和谐社会的构建完全统一起来了,把它叫做“五位一体”。^[1]但是在实践的层面,如何在中国社会理性而稳妥地实践法治,仍然是任重而道远。而近年来悄然兴起的“法治指数”的学术理论研究和具体指标设计,已经成为理论界和实务界共同关注的热点。“法治指数”即在理论和实践结合的层面上客观评价一个国家、地区和社会的法治发展整体状况,监测依法治理工作中存在的不足,指引法治建设发展的未来方向的量化标准和评估体系。“法治指数”的提出,让法治能够有尺可量,成为“可以量化的正义”。当前各地相继开展的法治指数的实践正在如火如荼进行中,有2005年的香港法治指数的试水,2008年的浙江余杭推出了国内首个法治指数,实现了内地法治评估的重大突破。随后,北京、深圳、上海、昆明、成都等多个地区也都进行了有益的探索和尝试。

可以说,法治指数在当下不仅受到法学学术界的青睐,同时也受到了来自实践层面的各级政府和有关部门的关注,这两个方面相互影响,共同勾勒了法治指数的实然图景,推进中国的法治建设稳妥发展。应该说对于法治指数的设计和推行,目前学界大都持有赞同的态度,如钱弘道认为,法治指数是制度

创新的一个重要的环节,实现了法治的有尺可量。法治指数通过定性化的标准和标准的定量化实现了法律制度的符号化,使得法治成为了可以量化的正义,赋予了法治生命力。^[2]蒋立山认为,法治指数衡量的是一国的法治状况以及实现程度,可以为法治建设提供系统性量化运作模式,符合正处于成长中的中国的具体的国情,有助于促进法律和社会的和谐互动。^[3]但是,也有少数人提出反思和质疑,并非针对量化法治本身,而是担忧其无法衡量所有的法治现状。如张志铭认为,法治量化代表了中国法治发展的趋势。法治量化面临的难题在于一个国家的法治水平,需要多少指标才能量化。法治量化在当前的阶段不仅仅存在着价值判断的难题,还存在着现有的技术能否给予支撑。

因此,在当下法治指数的实践轰轰烈烈开展之余,诸多问题也随之而来。如何从理论上反思法治指数背后所蕴含着的辩证性的难题,如何科学设计合理的法治指标体系,恰恰应该是认真对待法治指数的应有的态度。因而,研究法治指数的理论基石,对法治及其基本要素进行梳理就成为不可或缺的部分。

二、地方法治指数的法理逻辑

对于地方法治指数中的“法治”进行法理层面的梳理和考量,它直接关系到地方法治指数的理念构建和实践的操作,关系到其是否具备说服力和生命力,能否成为中国未来法治新的增长点的美好愿景。但是法治本身就是一个没有共识的概念,并且会随着社会的发展和时代的变迁而呈现出动态的规定性,因此对于法治的概念的判准也应该是有一个讨论的基点,笔者将以“中观的法治概念”作为分析的视角,并在对西方的经典法治理论进行梳理的基础上,提炼出法治的核心要素,由此展开对地方法治指数的理论构建和实践检视的逻辑起点。

作者简介:张德森(1965—),男,湖北仙桃人,中南财经政法大学法学院教授,法学博士,研究方向:法理学、立法学。康兰平(1989—),女,安徽亳州人,中南财经政法大学法学院2013级博士研究生,研究方向:法哲学、立法学、法学方法论。

(一) 法治的历史渊源

什么是法治?这是个长久以来争论不休的话题。在法治学说这块已经被开垦耕耘的田地里,法治学说中的那些精辟与深邃的远见卓识将使得我们受益匪浅。一般而言对法治的结构和价值取向进行类型划分之下按照各自的特征可以划分为以下的三类:“形式法治关注基础的制度结构,法律是自足系统,重视程序公正,法律的来源、制定与适用,必须具备一定的形式要件;实质法治则是价值以及价值的组合,追求结果的公正,注重实质性的内容;综合论述则强调,法律的形式与实质要件不可偏废。”^[4]本文选取美国学者塔玛纳哈在《论法治—历史、政治和理论》一书中对于法治理论构想的分析为基本切入视角,结合塔玛纳哈在此基础上所总结的法治的三个共通主题,展现塔玛纳哈理论中对一般法理学与社会法实证主义的运用。所希望着重展现的正是这样一种经由塔玛纳哈的社会法实证分析,将法治置于历史、社会与政治语境下的理解。

这些备选的理论构想将按照从薄弱到浓厚的顺序阐述。一般地讲来,每一种后续的构想都吸收了前面构想的主要的方面,使得它们呈现出渐进发展的样式。

塔玛纳哈为深入揭示不同形态的法治的基本特征,将法治的理论类型按照制度结构和价值取向归纳为两种基本类型,即形式法治和实质法治,每一种都展现出从单薄到浓厚的三种形式。在历史、社会与政治语境下把握塔玛纳哈的法治的共通主题,是进入塔玛纳哈法治理论的落脚点。

依照塔玛纳哈的分析,首先是比较浅度的形式法治理论即依法而治的法治观,也就是一种纯粹工具性和技术性的存在,法律只是政府治理国家、管理社会的工具,政府必须依法行政,至于法律的具体内容则不作要求,这种是浅度的、比较单薄的法治观。其次,形式合法性的法治观认为法律必须具备形式要件足以解决社会问题,但是这种法治观仍旧没有脱离政治斗争,甚至有可能从属于威权政体之下,这种法治理论的缺陷在于一方面已经承诺给予公民一定的尊严权,但在对于法律本身的价值目标是否包含着道德评价和道德义务时,忽视了法律本身所应当考虑的道德意蕴。其三,作为最为浓厚的形式法治理论除了认同形式合法性的构成要件之外,还强调必须满足程序公正,追求实际结果的公正,才算是真正意义上的法治的要旨,也就是说程序完善、内容符合道德或者是正义的标准法律,才能够被称之为是良好的法律所在,这也就是哈贝马斯所说的法律的理性在于程序理性,法治的正当性在于以道德论辩,在于通过制度建构,通过程序进行反思,而这正是实定法的正当性的基础。

就实质法治理论而言,也存在三种由薄弱到浓厚的类型。首先,最薄弱的实质版本是在法治中加入个人权利,个人的权利不仅包括法律上规定的权利,还包括着道德上的权利。这种权利法治观的代表人物是德沃金,“认真对待权利”是德沃金的权利论的关键,制度的权利实现取决于政府对于公民权利保护的态度和公民的自我保护的意识。其次,较为浓厚的版本是德国的法治理念,其深受基督教的宗教因素、纳粹的历史教训、

康德道德哲学以及德国基本法第一条规定所影响,特别强调人性尊严在法律上的意义乃是最高的价值,在制度设计上一方面尊重个体本身所固有的价值,另外的一个方面是避免团体主义的过度发展,导致抹灭个人存在的价值。同时,人性尊严具有不可限制性,不能通过修改宪法加以变更。其三,最为浓厚的实质法治理念则强调,国家的存在就是能够给予人民过更好生活的积极义务,主张法治的终极理想在于对社会福利权的承认与立法,以保障人民能够享受到最大的福祉。^[5]

透过塔玛纳哈对法治类型的解读,笔者意识到任何完美的理想类型,必须关照人类社会的法治实践样态,在历史与现实的语境下反映经验与事实的建构和解构。为此,我们有必要结合法治的历史类型深入思考“法治的内涵的确定”这个问题,这对于地方法治指数的理论准备大有裨益。如果仅仅主张法治只需要符合特定形式要件,必然面临着对形式理论的可能的困境给出有效的回应,增强其合理性和可接受性。同样,对于秉承着实质法治理想的主张也需要在质疑和批评中作出有效的回应,以此厘清模糊不明之处,这样才能使其理论日臻完善。^[6]

(二) 形式法治理论的实践困境

在塔玛纳哈看来,形式法治论有其实践局限性:可以与不公正甚至是邪恶的法律制度并存、对于个人分配正义的放弃、在个案中伸张正义难以实现以及民主程序本身难以遏制恶法的出现等等。之所以对形式合法性提出上述质疑,理由如下:第一,形式合法性实际上是法律可以被称之为法律的基本的品质,是一种技术性的工具,因而具有空洞性:由于形式合法性仅仅需要具备形式合理性的法律规则的体系,实际上与价值无涉,纯粹是技术性或者工具性的存在,对于立法者而言,很有可能为了一己私欲而将其变成统治的工具,以致最终造成恶法横行的结果。第二,民主程序的不可预测性(unpredict ability):民主程序作为形式法治论的法治的构成要件,强调通过对民意尊重,藉由程序理性来保证其合理性。而事实上即便标榜通过“多数决原则”来体现民意的民主程序,同样难以避免有悖人道的恶法产生。以1939年纳粹德国立法通过的纽伦堡法案(Nuremberg Laws)为例,便是裹挟着形式合法性与民主程序这两层外衣,虽然符合形式法治论的构成要件,但却通过法案剥夺犹太人的德国国民权利,实际是有悖人性尊严的恶法。

由此可见,尽管形式法治主张的是来源和形式,都没有办法在具体的实践层面上,防止执政者的政治野心的膨胀和执法者的个人私欲的染指。这样一来,形式法治理论往往有可能背离其追求的合法性的适当来源和价值中立的初衷,导致出现少数人的专断或者是多数暴力的人治结果。

(三) 对实质法治观的质疑

既然形式法治理论有着前述所言的无法逾越的实践困境,那这是否意味着,着重于对法律内容的考量的实质法治理论才是稳妥的法治论述?本文拟首先通过对实质法治理论的两项质疑进行剖析,也就是说难以证立其存在的正确性(道德多元主义)以及实质法治观的反民主意蕴。实质法治理论实际上是价

	摇摇备选的法治构想		
	比较薄弱摇摇摇摇摇摇摇摇到摇摇摇摇摇摇摇摇比较浓厚		
形式版本	1. 以法而治—法律是政府的工具	2. 形式合法性—普遍,面向未来,明晰,确定	3. 民主+合法性—合意决定法律的内容
实质版本	4. 个人权利—财产,隐私,自治	5. 尊严权和/或正义	6. 社会福利—实质平等,福利,共同体的存续

值以及价值的组合,提出了很多的理想和目标。比如把民主、福利、人性尊严等问题纳入法治的场域,而实际上这些问题的复杂性无论是理论还是实践都是法治所鞭长莫及的。实质法治的这些崇高的理想好比无根的蒲公英,飘忽不定,难以落到实处。就此,实质法治观首先面临的重大质疑是,因为价值观念多样化与道德纷争的日渐繁杂,在理论上难以达致统一的实质法治价值存在,我们不可能对什么是正确的个人权利、人性尊严、社会福祉等实质理念给出一致的答案。除了对价值多元主义和道德纷争的质疑外,对实质法治理论的另一项质疑在于,实质法治观本质上带有反民主的意蕴,主要体现在理念和制度两个层面上。就理念层面的质疑在于个人权利不可避免会导致对民主施加限制,而就制度层面的反民主质疑则是政治的司法化,将法令是否违反实质法治要件的问题交由司法机关判断的司法审查(judicial review)制度,这样法律和权利的司法解释被当成了独占的权力,权利并没有被委托给一个可以民主问责的机构,从而违背权力分立的民主原则。

因此,尽管法治的理想一直以来都为人们所津津乐道,但是它决不是关于人民希望政府能够完成任何的美好的事物,它的主题不在于法律本身是否具备完备的形式要件,或是制定、解释及修改法律的权限到底掌握在多少人的手里。而真正的要旨或者是共同的主题在于,法律如何能让政府受法律限制、防止个人权利的泛滥,进而建立真正的理性之治(the rule of reason)。在这个意义下,法治的要素,不是取决于法律形式外观的量化要求,而是取决于法律实质内容的质化强度。^[7]

(四)地方法治指数的理论准备—综合法治论

从法治的历史渊源上进行考察,形式法治论与实质法治论并非是法治理论的两极,两者在根本上是本同末离的,只是各有侧重,对于法治概念的解读也有其相通之处:一是对于公共权力的滥用或者是不当扩张而进行的法律的规制或者是约束;二是以法律来保障人的权利和自由的充分地实现。我们之所以如此“挂一漏万”的梳理对法治的不同观点和看法,概因为法治本身的精义和分歧自古有之,法治的论述尽管已是汗牛充栋,但是关于法治的面向已经达成一定的共识,而这正是法治评估能够深入开展的理论准备,关于法治的理解可能存在着多种形式,但是其实质内容都指向限制公权和保障私权。这恰恰说明了法治是可以解释,可以操作的。

这些对于法治的价值理念的表述,既有对其形式价值层面的分析,也有对于其实体价值层面的论证。地方法治是国家法治的基础和延伸,而地方法治指数作为地方法治建设的有益尝试,对于改善地方法治环境、促进地方法治建设、提高区域竞争力具有积极的作用。可以说地方的法治指数是国家法治化的实现基础和实践的载体,地方的法治实践和探索可以为我国的法治提供丰富的样板和模式。因而,地方法治指数实现的制度设计,需要有效回应法治的基本要素,从而获得其应有的合理性和可接受性。

而从中国当下的语境下来看,我们要把形式法治论和实质法治论结合起来,打破非此即彼的思维模式,坚持全面的法治论。当然这种综合论绝不是平分秋色式,而是有所侧重的。具体说来,就是要以实质法治论为价值内核兼及形式法治论的程序准备。注重法治的形式意义就是强调利用法律的强制力来实现维护社会安宁秩序。形式法治可以保持着法治的基本的意蕴,为经济社会的发展预留空间,具有极大的包容性和开放性,因而更容易获得普遍的价值的认同。程序法治可以提供最大的公约数,超越法治本身的差异,走向多元性。可以说,形式法治尽

管其中涉及的仅仅是关于法治的一些基本的品质,但是这种相对单薄的法治可以获得更少的争议和更大的开放性。对于法治指数的开展在理论层面必须首先对于法治基本内涵进行厘定,因而形式意义之法治确定基础性的制度结构。而除了重视形式意义的考量,我们不得不强调实质意义的法治的精髓,绘就法治的理想图景,为法治添加多种不同的价值以及价值的组合。理论基础的成熟是开展法治评估实践活动的最为根本的准备,它是法治内涵体现在评估活动中的具体表现形式,因而综合法治论是更为稳妥的集中体现,而这也是地方法治指数实现的逻辑起点。对于地方法治指数的构建而言,我们不能机械地把形式法治和实质法治杂糅在一起,将形式法治看成是实质法治的前置阶段,实质法治是法治发展的终极目标。在法治指数的方兴之时,法治理论的成熟是最为根本的条件,但是法治是一个动态的发展的过程,法治指数的实践也是一个渐进的发展的过程。所以,尽管对于法治的理解存在着分歧,但是法治的精义仍然是有着同质性,因而在探索之初,将综合法治论作为理论准备和逻辑的起点,有其必要性和可行性。当我们在进行指标设计的时候,即要强调形式法治对于程序的追求,又要将实质法治的价值理念包蕴其中,增强理论自信和民众对于法治的满意度,只有这样才能既有好的形式,又有好的内容,避免法治指数陷入理论迷思,从而为法治指数的深入实践锦上添花。

党的十八届四中全会使法治成为全会公报的高频词,释放出“依法治国”的重要信号,为法治中国绘就了清晰路线图,法治中国的道路越走越宽,进程也不断加快。全面推进依法治国具有重要的战略意义,是推进国家治理体系现代化的要求,是实现人民民主的重要保障、是深化经济体制改革的内在需求、是建设法治中国的必然要求、是实现公平正义的基本的途径。党的十八届四中全会不吝篇幅聚焦“依法治国”,使得我们备受鼓舞,仔细研读十八届三中全会关于“依法治国”的阐述,迈向回应型法治即“法治应当回应经济社会发展的需要”是现实的需要和当下的选择。而地方法治指数这样一项创新的实践活动,我们相信将会有更大的实践价值和生存空间。对于“我们需要什么样的法治”这样一个历久弥新的话题,在依法治国的语境下,我们相信借由量化法治的具体实践,经过长期稳健地努力,最终实现法治中国的美好愿景。

三、地方法治指数的理论建构及应用预测

“法治指数”作为近年来法治建设的一道亮丽风景线,它的提出让法治成为“可以量化的正义”,为地方的法治建设开启了量化评估、纵向发展和横向比较的先河,同时也在一定程度上改善地方法治环境、引导、评价和预测地方法治建设,不断深入推进地方法治政府建设和注重质量要求的结果和需要。通过对法治指数的具体实践的检视,我们发现在实际运行中也暴露了很多的问题,既有操作层面的原因,也有理论准备的先天不足。基于上述的分析,形成了如下的结论:首先,分析以实践为指向的“量化法治”必须对其构建的理论基石进行溯源,积极回应适合当下中国语境的法治要素,从而获得其应有的合理性和可接受性。其次,对于法治指数的研究方法要将量化评价与质性评价相结合,注重过程,凸显发展。最后,要强化法治指数的制约保障,法治指数的建设应当遵循其开放性和纠错性的性格特征,激发公众的参与意识,有效回应地方法治发展的客观现实,

通过法治指数的检验考量,提高地方法治建设水平。

(一)“量化法治”绕不过“定义法治”

从上文中对于法治理论的梳理中,法治评估首先要求我们聚焦到一个基本的问题:可被测量的法治概念的何以可能?法治本身是一个包含着多重价值内涵的集合概念,为了避免对法治这个多维度的结构进行阐述,我们不得不另辟蹊径开始“量化法治”的进路尝试,而当检视量化法治的实践,我们又发现还是绕不过定义法治的樊篱,理论基础的成熟是开展法治评估的不可或缺的基础条件。笔者审视各地的法治指数的具体实践尽管有诸多的实践共性,但仍旧有着这样那样的实践局限性,比如指标设计的不统一、研究方法的固有缺陷、地方色彩浓厚等等,以实践理性为基本特征的量化法治的实践其不断深入发展仍然是有赖于在“什么是法治”的问题上达致共识。而在当前中国的语境下,与实质法治理论的凸显的美好愿景相比,综合法治理论更符合中国的法治现状,我们不仅要有好的形式,更要有实质性的内容。而从功能论的角度,法治应当包含着两层的含义:限制政府权力和保障公民权利,这些实质性的要求构成了对量化法治的前提性的理解,量化法治是当下法治实践中新型的、另辟蹊径的发展路径。

在国际层面的实践而言,2005年世界银行在其公布的《国别财富报告》中首次提出“法治指数”的概念,成为全球决策者和民间团体衡量政府施政水平的一个重要依据。2008年由美国律师协会发起的“世界正义工程”(the World Justice Project)计划,提出了用以考量一国法治状况的全方位的“法治指数”,提出了一系列的评估法治抽象概念的具体标准,其关注的重点在于被评估地区的现实法治的运行状况。受域外量化法治评估的影响,法治指数在中国的实践也在如火如荼进行。2005年香港在世界范围内率先启动的法治指数项目,其后受到广泛关注的则有2005年浙江余杭出炉的内地第一个“法治指数”,随后,广东、江苏、北京、湖南等省市也陆续开展了关于地方法治建设量化评价体系的项目启动和实施。通过比较发现,余杭、香港和世界正义工程的法治指数模型虽然在体系和结构上有所差别,香港及世界正义工程的偏重于实质的正义,大陆某些城市的法治量化考核偏重于形式正义。对比参照域外法治评估的具体实践,梳理国内法治指数的相关尝试,从中可以一窥法治评估的前景走向。对于当下中国的地方法治指数的设计和实践而言,毫无疑问必须要考虑其可欲性和可行性,将理想和现实相互结合。为此,我们将两个概念作为基点:一是法治的共同性,二是法治的差异性。法治的共同性体现在对于法律目的的理解上。通过对于法治的核心要素的梳理,对于法治的理解主要体现在:一是限制政府权力;二是保障公民权利。正如塞尔茨尼克所言,法治是一个包含着评估和批评法律决定的各种标准的一个复杂的理想,其基本的要素就是用公民的秩序的理性原则限制官员的权力。法治的差异性体现在法治的文化的背景和路径选择上。具体到中国,建设“中国特色的社会主义法治”使得中国的法治道路更加具有复杂性和特殊性。当前的法治指数在内在的思维上表现的纯粹的建构主义的逻辑,但是实际上法治的真正的根基在于以社会自治为基础的善治和治理,所体现的就是一种渐进主义的逻辑,而这正是促使法治能够经久不衰的关键之所在。尽管当前我国的法治指数的设计和推进带有浓厚的政府主导的色彩,这是建构主义的思维的集中体现,但是法治现代化的核心表现为法治精神的现代化,需要内生发展的渐进性的逻辑思维。因而,作为衡量和促进法治建设的法治指数的设

计要尝试因地制宜地制定个性化的方案,解决的出路在于向社会推进型的法治指数构建的有序迈进,这种指标体系更为强调关于人权的保障和权力的限制,更能体现自发性和多元性。

(二)地方法治指数的设计要将量化评价与质性评价相结合

随着法治实践的不断深入,对法治的研究也经历了从宏观的正当性和内涵论证到微观的制度建构的转变。在上述的具体语境下,中国的法治研究也要转变传统的抽象法治思维的定式,综合运用社会研究中的定性、定量的科学方法去关注当下的法治现实。诚如余杭法治指数的研究者所言“法治很难绝对量化,但也不是说绝对不能量化”^[8],我们必须清醒地认识到将法治这一多维性的概念化约为数字化的标准的过程极其复杂,只有对社会科学中的定性和定量方法的综合运用才能满足其微观考察和实践需求。首先,应当扩展量化指标的深度和前展性,将量化延伸至法治指标的前置环节;对法治评估的前提条件,例如经济、文化、政策、民族等因素应当通过变量的设计和权重的分配作出调整而实现变量化,保证在全国范围内进行法治评估的跨地区比较成为可能。其次,以重大问题为标靶融入定性研究方法;世界正义工程法治指数在法治评估中提倡兼用定量和定性的方法来复检研究结果,香港法治评估的研究者也认为同一套数据可有不同的解读,不能直接推算出一个法治指数。例如,余杭法治评估中的司法公平正义指标中的“案件数”、“司法赔偿案件数”,数量的增减是否意味着法治水平的升降,还是与之相反,单凭量化指标无法对数据结论作出价值取向的判定。而质性研究则通过采取同行评议、开放型访谈、个案分析、问卷调查等多种方法,通过对于评估对象的性质进行分析和判断,可助于明确量化数据结论的价值指向,进而形成对于指数实施效果、体系和过程的基本的评判。而且,定量评估方法强调的是准确、可靠的数据资料作为评估的依据,实现的是整体的描述与比较,质性研究还可以聚焦于特定区域、特定时段、特定人群甚至个案问题,以保证对法治重大问题或事件的深度了解和剖析,这也是单纯的量化方法无法比拟的优势。因此,在当下中国的法治指数的设计中,应当根据需要选择一种主要的分析方法,同时结合其他的方法分析的结果综合而作出评估的结论。

(三)法治指数建设要强化制约保障

各地法治指数的实践经验告诉我们,如果没有强有力的激励约束机制,法治指数的成效就会大打折扣。在法治指数的设计中,我们既要强化内部制约,也要注重外部监督。鉴于当前各地的法治指数的推进主体大多是政府主导的评估。政府操作的评估很容易滋生评估流于形式、跟风式、延续政府政绩评估等弊端,导致公众在相当程度上失去信心和信赖。因此,鉴于当前中国的国情和地方实际,政府机关内部的激励约束是最为有效、最直接、最迅捷的方式。加强人大、司法、纪委、组织等系统内部的监督,保持其独立性和权威性,促进内部系统的良性循环。另一方面,可以吸取域外法治评估的先进经验,由第三方主持评估,这样参与评估的主体就不再是清一色的政府工作人员,让参与主体呈现多样化特点,这样就能够避免单一主体评估的形式化和局限性。实行“第三方评估”的好处在于评估中植入更多的民意因素,社会公众是法治建设的生力军,也是政策法规的直接受众,他们对于法治化的效果有着最为真切、最为直接的认知和理解,让民众参与到法治评估的具体实践中,对于改善和优化法治建设、实现政府法治化、现代化的成功转型具有重要的意义。

(四)法治指数应当兼顾开放性和纠错性

法治指数具有“嵌入性”的性格特征。“嵌入性”是指其从属于依法治国方略,带有典型的中国特色,从属于法治现代化的框架,是内化于法治建设的一项重要环节。法治指数作为一项新生事物,各地在实践中也是在摸索中前进。地方法治指数的实践局限性表现在:首先,法治指标体系的不统一;各地在指标设计上千差万别,各有侧重,所得出的结果也是难以进行地区的横向比较,降低了法治指数的预警和监督作用。其次,指标评估的主观性强。我们通过调查发现,现有的各地的法治指数的测评中都会有关于群众满意度的调查;不可否认,这种做法的出发点是好的,但是从实际操作的层面上来说,对于群众的调查具有很大程度的随意性和不确定,而专家的评审也很有可能似是而非。最后,研究方法的固有的缺陷。尽管法治指数采用的是定性定量分析方法的综合,但是仍然难以避免以偏概全。一方面,调研的数据的不可能一一穷尽地方法治的相关的情况,其精确性、科学性仍然值得存疑;另外一方面,由于现实生活呈现动态化发展,法治状况相应也会发生波动,往往以螺旋式的方式无终点前进。如果法治指数长期保持静态,就可能会出现不适应法治发展需求的后果。因此,我们应当将“法治指数”是一种渐进性式的存在,其本身是可以成为当前推进改革和社会管理的重要手段。以指数为切入,以问题的及时发现和改进为最大的目的,促使政府和公民形成合力推动整个社会“善治”发展。

事实上,国外法治评估实践已经充分认识到这一点,例如世界正义工程的法律治理指数自2008年提出以来每年都会作出修改和补充。首先,法治指数设计的内容的调整应当考虑社会公众的参与,而非仅局限于专家群体。西方国家法治建设的经验告诉我们,公民社会的发展壮大是法治政府建设的助力器。就法治指数设计而言,可以借鉴立法草案讨论的形式,集思广益,使社会公众参与指数制定的全过程,建立充分反映民意、广泛集中民智的法治指数。

其次,对于法治指数的构建而言,并非是一蹴而就、一劳永逸的。法治评估是一个渐进式的实践发展过程。法治指标体系要在理论维度和路径向度的双重参与下才能具有持久的生命力和说服力。只有这样,法治指数才能成为法治建设的重要标尺,才能检视现有法治建设的缺漏,发挥其指引、评价、预测、监督的功能,促进法治建设开启新阶段。

不可否认的是,法治指数很难承载法治的实质特征和价值追求,但量化的手段可以分析测量法治建设的运行现状与发展规律,发现问题与查找缺漏。兼顾法治指数的开放性和纠错性,从长远来看,可以实现对中国法治的动态运行作出真实而全面的认知,浓墨重彩绘制法治中国新蓝图。

结束语

当前各地相继开展的法治指数实践活动正在如火如荼地进行,建构地方法治指数有如下的积极作用:一是有利于促进区域法治的沟通与对话,取长补短,提高地方法治建设的水平;二是通过法治指数这一“听诊器”倾听公民对于法治社会的呼唤,让公民积极参与,实现政府和公民的良性互动推动社会“善治”的发展;三是可以客观衡量法治建设的现状,描述权力结构的清晰蓝图,化虚为实,引导地方法治建设的方向,推动法治建设良性运行。从各地法治指数的实践效果来看,虽然有经济基础、文化传统、社会发展等方面的差异,但内在的法治理念却是高度一致,对法治要素的有效回应是其获得合理性和可接受性

的理论基础。反思性的思考地方法治指数设计的理论维度有助于化虚为实,引导、评价和预测地方法治建设。

当然量化法治评估是一项理论与实践并重的工作,我们既要认真思考法治指数涉及的理论维度,同时也要关照当下量化法治评估的具体实践,让理想照进现实。当前法治评估实践中有两种不同类型的评估进路—体制性进路和价值性进路。体制性进路的主要特点在于“政府依法行政”,强调通过对于现行法律制度的实施状况来对法治的真实发展状况进行评估,因而是从现实中来到现实里去。而价值性进路则是从法治的核心价值要素出发,法治现实是否符合法治价值的标准,法治现实能否满足法治价值的基本要求,对法治价值的实现程度进行现实评估,以厘清法治价值的实现程度及与法治理想的现实差距,这是一种从“理论”到“现实”的过程。从中国当下的法治评估状况而言,各地的法治评估实践大多是从制度性进路进行具体设计。以制度性进路开展法治评估有其独特优势,既可以从时间维度评估地区法治建设的成就与不足,还能从空间维度反映不同地区法治建设状况的统一与杂多。但是这一进路也有其缺陷,比如如何谨慎地处理好定量与定性的关系,如何协调法治的建构主义思维与渐进主义逻辑的冲突,如何平衡法治指数设计中的法治内涵的“普遍性”和地方层面的“特殊性”。与之相对应的价值性进路则是从法治的真实理想出发,以建构主义的思维方式从法治的现实中提取核心素材来进行法治理想图景的规划。这种进路的不足之处在于评估的重点在于长远法治理想的规划与设计,对于当下的法治建设实际无疑是“望梅止渴”,在理想和现实难以架构沟通的桥梁,虚实之间难以把握。

综上,作为量化法治评估实践的两种不同进路,既有其积极价值,也有其不容小觑的负面影响。对于当下中国的地方法治指数实践而言,单一的法治评估进路难以满足法治的动态发展要求。因而,法治评估的重点并不是择一而从之,而是从法治建设的思想真实和实践真实出发,建立规范统一的评估模式,有效回应这两种路径,实现两者的功能互补。一方面,以制度性进路为探测仪,发现当前法治建设中的问题与不足,从而引领价值性进路的法治评估的发展规划和基本走向,关照法治指数设计中的虚与实、普遍性与特殊性;另一方面以价值性进路开展的法治评估通过对法治价值要素的梳理,能够检验和论证现有的制度性进路得出的评估结论以及评估过程是否真实、科学、有效,倘若两者之间彼此冲突,那么我们应当理性对待之,以免陷入错位和偏差的泥淖。

参考文献:

- [1]徐显明.法治建设的非凡历程[N].光明日报,2009-9-3.
- [2]钱弘道,戈含锋,王朝霞,刘大伟.法治评估及其应用[J].中国社会科学,2012,(4).
- [3]蒋立山.中国法治指数设计的理论问题[J].法学家,2014,(1).
- [4]兰照.语境下的法治—评塔玛纳哈《论法治—历史、政治和理论》[J].理论月刊,2013,(1).
- [5]Brian Z. Tamanaha. On the Rule of Law: History, Politics, Theory [M]. Cambridge: Cambridge University Press,2004.
- [6]庄世同.法治与人性尊严—从实践到理论的反思[J].法制与社会发展,2009,(1).
- [7]戴耀廷.香港的法治指数[J].环球法律评论,2007,(6).
- [8]陈向明.定性研究方法评介[J].教育研究与实验,1996,(6).

责任编辑:王建华

中国法治评估进路之选择

张德淼 李朝

(张德淼,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师;
李朝,中南财经政法大学法律文化研究院研究人员 湖北 武汉 430073)

摘要:中国法治评估活动开展得如火如荼,但鲜有研究者对法治评估进路作出辨析与探讨。通过归纳和总结法治评估实践中不同类型的评估进路,可将法治评估进路划分为制度性进路和价值性进路两种理想类型,两种法治评估进路在评估主体、评估内容、评估范围、评估功能、评估方法上均存在不同特征。无论是法治评估的制度性进路还是价值性进路,其自身都既具有积极的价值,也存在不可克服的缺陷,但二者之间不是冲突与对立的关系,而应当是一种同源同构性的关系。中国法治评估应建立规范统一的法治建设评估模式和多元合理的法治价值评估模式,并从两种评估进路的同源同构性出发,搭建二者功能上的互补关系,建构出符合中国法治实际的评估进路。

关键词:法治评估 制度性进路 价值性进路 构成性联系

近年来,法治评估被引入中国并在各地得到蓬勃发展,评估内容与方法呈现出较为丰富与多元的样态,法治评估的价值和作用也日益为人们所认同和接受。江平教授在谈及“余杭法治指数”时指出:“余杭区出台法治指数,将法治建设纳入科学轨道,是对全国各地法治建设量化的推动,是对民主法治建设的推动,非常有意义”。^①法治评估还是认识和了解中国法治现实的有效途径,李林教授主编的《中国法治发展报告》在2011—2012年连续收录“余杭法治指数报告”,并将其作为“国情调研”部分的重要资料。^②其实,早在法治评估被引入中国之前,其就已是国外学者研究法治问题的重要领域,他们对法治评估的研究主要集中于三个方面:一是法治评估的理论问题,焦点是如何定义法治的问题,学者们普遍认为当前法治评估中使用的法治概念争议较大,应当抛弃自相矛盾的法治概念而构建一个相对综合与统一的法治概念;^③二是法治的指标设计问题,有学者提出在不同国家法治指标的 settings 上,应重视那些反映不同时空下政府法治相异的要素,^④又有学者提出从不同地方法治评估中总结和提炼潜在的变量,进而构建出综合、普遍的法治指标体系;^⑤三是评估方法的有效性,学者们大都认为现有法治评估方法的效用受限,即使将对象限定至同类或相同概念,评估也无法实现不同区域之间的对比。^⑥相比较国外学者对法治评估基础概念、指标设计与方法技术的讨论,我国学者的研究更多地围绕“法治评估的正当性”、“法治评估的实践与方法”等问题展开。有学者对法治评估的基础、正当性与功能作出初步论述,^⑦有学者从事全国性或区域性法治指标的建构^⑧与推行,^⑨也有学者质疑和反思法治指标设立的条件和功能,^⑩还有学者提出法治评估的本土化操作方法。^⑪总体来看,学者们的成果斐然,但普遍回避对法治评估进路的追问,而直接进入法治评估的操作层面。

法治评估进路是法治评估实践中采取的评估路径,是法治概念从抽象到具体的操作化过程中选择评

估指标或维度、评估方法与技术以及预设评估功能与作用的途径与策略。作为方法论层面的基本问题,法治评估进路上承“评估目的与宗旨”,下启“评估方法”,并规定着评估内容的设置标准,是科学与合理地设计与开展法治评估的中间环节。如果忽视或错误地适用法治评估进路,那么将可能产生法治评估在内容设计或评估方法等方面的偏差,导致法治评估结论无法准确反映法治真实状态的后果,甚至会产生错误的法治形态认知和法治发展建议。可以说,在一项具体的法治评估实践中,是否准确选择法治评估进路在某种程度上决定了该项评估的真实性与有效性。由此,在法治评估实践中,首先确立起适合的法治评估进路意义重大。笔者拟从全球与地方法治评估实践中归纳出法治评估进路的基本类型,在分析不同类型法治评估进路的特点和其中存在问题的基础上,从理论上反思当前中国法治评估进路的选择,并通过整合两种类型的法治评估进路,提出能够对中国的法治评估实践产生实际作用的中国特色的法治评估进路。

一、法治评估进路的理想类型

2005年,世界银行发布的《国别财富报告》正式提出“法治指数”概念。^①2007年,“世界正义工程”提出以“合法政府、法律公布、程序正当、司法正义的实现”为原则的法治评估体系。^②而早在2004年,中国社会科学院开始按年度发布《中国法治发展报告》,迄今已有十二年,历年报告关注重点从开始的“热点问题解读”转变为对行政体制和司法改革实践效果的评价,后逐渐发展为“国情调研”和“地方法治”等明显带有实证色彩的法治衡量与评价。^③随着“法治评估试验田”的“余杭法治指数”2006年的提出,法治评估作为中国法治的制度创新和方法创新模式得以兴起。而无论是全球法治评估还是地方的法治评估,在开启之际都必须对评估的进路作出选择,且在不同法治评估进路之间的选择存在差别。借鉴马克思·韦伯关于理想类型的论述与方法,^④并受沃克将法治划分为制度性路径法治与价值性路径法治的启发,^⑤我们可以将法治评估进路划分为两种理想类型,即法治评估的价值性进路与制度性进路。具体而言:

(一)法治评估的价值性进路

纵观全球法治评估实践可以发现,全球法治评估进路的确立与法治价值标准的提出密切相关,“评估进路依据的标准不是在实在法中寻找,而是从西方法治理论中寻找。从涂尔干到韦伯,从富勒、拉兹到菲尼斯,都在不同层面上展示了法治的基本价值,这些理论家们提出的法治基本价值构成法治评估指标体系的基础”。^⑥以“世界正义工程”提出的“法治指数”为例,其沿用西方传统法治理念,立足于对人性的理性怀疑与对权力滥用的担忧,^⑦由法治概念延伸形成的法治标准包括“有限权力的政府”、“消除腐败”、“基本权利的实现”、“秩序与安全”等九组标准,^⑧这些预设的基本条件均来源于研究者总结和概括的现代法治价值与理想法治社会的标准。这在“世界治理评估的法治指标”中也能得到印证,评估选取“建立法治政府、维护宪法与法律权威”、“依法独立行使司法权”等作为标准,^⑨这些标准明显源自“司法独立”、“法律稳定与权威”等法治价值要素。另外,在全球廉政机构提出的“全球廉政指标”法治一栏中,“公民能平等地接近司法体系”、“司法判断不受种族歧视”、“司法执行机构免受政治的干预”等内容成为衡量法治水平的标准,^⑩这些评估标准直接与拉兹提出的法治八项原则中的“司法独立”、“法院易被接近”等要素相一致。

由此,可以归纳出法治评估的第一条进路即法治评估的价值性进路。在采用价值性进路对不同国家、地区的法治进行评估的过程中,“法治现实是否符合法治价值的标准”、“法治现实在多大程度上实现法治价值的基本要求”等方面的问题得到较多的关注,这从依循价值性进路的多数全球法治评估活动中可以得到证实。当然,我们还可以发现,在法治概念的具体操作化过程中,下级指标中也包括部分制度、机构设置等列项,这也可以作出合理的解释:首先,这些制度性要素也反映了法治价值的形式与工具要素;其次,在根据价值性进路所进行的法治评估中,评估关注的重点显然是这些制度成立的动机、目的以及这些制度服务目标的实现程度而非制度本身的实施。

(二)法治评估的制度性进路

与全球法治评估主要体现出的价值性进路相比较,以中国为代表的地方法治评估更多体现出一种制度性特征。香港法治评估的研究者明确提出“以体制性进路^⑪来对法治进行研究,这种对法治的理解着重

于看政府是否透过法律和在法律之下行事”。^⑧体现制度性特征的评估模式在祖国内地的法治评估实践中得到更为广泛的应用。以余杭为例,研究者以《中共杭州市余杭区委关于建设法治余杭的意见》所提出的“党委依法执政”、“政府依法行政”、“市场规范有序”、“监督体系完善”等九组目标作为评估的法治要件。^⑨这些目标绝大多数是当前法治制度建设的规划与要求,并且在层级指标划分中能够清晰地看出这种规律,如“政府依法行政”设置的考评标准主要有“行政机关法律专职人员比例”、“规范性文件的报备和公布率”、“行政人员有无重大违法、乱纪、失职、渎职的案件”等,其因循的脉络是各项法治制度的落实情况而非地方法治现实的状态。另外,在余杭法治评估的主观问卷中,我们也可以看到这样的问题如“您觉得余杭区2004年公布的《关于贯彻实施〈浙江省归正人员安置帮教工作办法〉的意见》落实的如何”、“如果您向消费者协会举报,消费者协会对案件的处理能否让您满意”等,^⑩这些主观问题也明显偏重于评价和考核已有法治制度与机构的运行是否合理有效。特别是余杭法治评估将区本级、区级机关部门、乡镇政府以及村民委员会作为评估对象,通过将些已设机构、组织的履职情况作为评估依据,在某种程度上也能够体现评估的制度性特征。

可以看出,这种重点关注现实社会中已经确立并运行的各项法治制度或机构的进路与价值性进路不同,其评估标准来自法治规范的规划与设置,评估重点是运行法治的不同国家和地区的法治制度和机构是否符合和完成法治规划的基本要求,并通过业已建立的法律制度的实施情况对法治建设与发展作出衡量与评价。我们可以将这种法治评估进路称为法治评估的制度性进路。

通过对两种法治评估进路理想类型上的划分我们可以发现,法治评估的价值性进路是从“理论”到“现实”的过程,是以法治价值要素为标准对法治现实进行的评估,强调评估地区法治价值实现的程度及与法治理想的差距。而法治评估的制度性进路则是从“现实”到“现实”的过程,更强调通过对现行法律制度及其实施状况的分析和研究来对法治建设情况进行评估。但正如有学者所言:“无论体制性进路还是价值性进路,对于法治评估本身并无优劣可言”。^⑪法治的复杂性决定了评估进路的非唯一性,因而从法治评估实践中划分出不同理想类型的评估进路也是一种必然的结果。

二、法治评估的制度性进路与价值性进路之比较

法治评估是对特定国家与地区法治状况的考察与评价,法治评估进路决定了这种考察与评价所设定的内容、采取的方法、预期的成效等内容,甚至在一定程度上决定了法治评估活动的成败与否。如何妥善适用不同类型的评估进路需要谨慎而理性地予以把握。因此,有必要将制度性进路与价值性进路这两种评估进路纳入法治评估的框架内进行比较,通过对两者在评估主体、评估内容、评估范围、评估功能以及评估方法等异同的剖析与解读,为中国法治评估实践能够更好地理解与选择法治评估进路奠定基础。

(一)法治评估主体

采用制度性进路所进行的法治评估的主体大多为政府相关部门或者是由政府部门委托的第三方。目前,我国各省市、各行业自行组织开展的地方法治评估,其中部分是由各省市相关部门提出法治评估指标体系并实施调研的,如辽宁省提出的《辽宁省法治政府建设指标体系》、深圳市制定的《深圳市法治政府建设指标体系(试行)》以及由国家工商行政管理总局颁布的《工商行政管理机关法治工商建设评价指标体系》等。另外还有部分法治评估是由政府委托高校或科研机构组织开展的,如浙江省杭州市余杭区委委托“法治余杭课题组”组织的《“法治余杭”量化考核评估体系》、湖北省委委托湖北法治发展战略研究院开展的《法治湖北建设指标体系》等。由政府发动的法治评估更强调评估的制度性要素,多聚焦于评估地区或行业的法治规范实施以及机构运行状况,能够满足政府对当前法治建设的普遍性问题进行及时了解和掌握的职能需求,有助于其在阶段性法治规划中作出灵活和有效的调整与改进,评估结果甚至在部分地区被作为衡量政府业绩的隐性标准。然而,由政府发起的法治评估往往因评估主体与评估对象的混同而被视为缺乏中立性和客观性,容易遭到信度质疑。而采用价值性进路的评估主体多为独立的科研组织或跨国机构。以“世界正义工程”为例,“世界正义工程”法治评估项目是由维拉司法研究所及阿尔特斯全球联盟主

持的,其目标是衡量不同国家的法治发展程度,^④但目的并非为区域法治建设与改革提供直接的建议或参考,而是以一套标准化的评价模式对世界不同国家、地区的法治水平作出比较,寻找各评估国家、地区的法治差距。这在透明国际主持的“清廉指数与行贿指数”、全球廉政机构主持的“全球廉政指数”中也可得到印证,^⑤两者提出的法治指标均未反映评估地区的法治建设与规划特征,其结论的应用效益也受到限制。当然,这两种评估进路在法治评估主体上的差异也并非绝对,部分地区由于本土性中间组织十分发达,也可能由其发动旨在改善本区域法治建设与法治面貌的评估活动,如由香港服务联合会资助的香港法治评估等。

(二)法治评估内容

采用制度性进路所进行的法治评估的内容多为对法治制度、机构及其运行状况的评价与测量。例如,在余杭法治评估中,研究者提出“司法公平正义”等九组评估目标,而与“司法公平正义”相对应的评估内容主要是“一审案件服判息诉率”、“法院案件执结率”、“改判、发回案件率”、“审判程序合法公正与公开”等,^⑥突出强调司法制度的实施效果与司法机构职能的落实情况。当然,在余杭法治评估中也不可避免地涉及对法治部分价值要素的衡量,但其仍是以考核、评价现有制度的实施或机构运行为主要内容的。而采用价值性进路开展的法治评估更关注评估地区的法治现实以及评估地区法治现实与其提出的法治理想之间的差距,其评估内容主要是对理想法治标准进行操作化和具体化的结果。例如,“世界正义工程”提出法治理想的标准之一为“有限的政府权力”,而与之对应的评估内容则设置为“政府权力受到立法有效规制”、“政府权力受到司法权规制”、“思想和表达自由”以及“国家遵守国际法”等,^⑦其重点在于评估国家或地区是否或在多大程度上符合法治价值与理想的基本要求。值得注意的是,大多数国际法治评估活动为保证跨国、跨区域评估的有效性而选择较成熟且具有普遍性的法治价值要素,而不可避免地放弃部分蕴含强烈地方伦理价值的法治要素。如果具体至某个地区或国家内部,采用价值性进路的评估内容则呈现出较为开放的状态,能够不断地吸收和融合评估地区的地方性法治资源,甚至在内容中增添或重组评估地区的本土法治价值,使评估者对法治现实有更为深入和细微的认识。

(三)法治评估范围

采用制度性进路所进行的法治评估的范围多为法制统一的国家或地区。评估的边界取决于评估区域的制度性要素是否具有一致性。例如,“香港法治指数”研究的范围是我国整个香港地区,余杭法治实验则以余杭区14个镇、1个乡和4个街道作为评估范围。制度性进路的法治评估有计量性与概观性的要求,在评估地区的法制规范与机构设置统一的前提下,其评估覆盖范围越大就越能发挥评估的测量与评价作用。例如,就中国而言,中国作为法制统一的单一制国家,具备大范围实施制度性法治评估的基本条件,可在全国的不同省市抽样并进行地区间、行业间的横向比较,测量和评价地区间法治建设情况。而价值性进路既可以实现较大范围的评估,也可以实现较小范围内的评估。具体而言:(1)在大范围的法治评估中,法治评估选择的法治标准多为普遍适用的法治原则,甚至为保证评估在多个国家与地区中的有效性,选择性地舍弃部分带有区域特征的法治内容。“世界治理法治指标”的评估范围涵盖两百多个国家,“世界正义工程法治指数”的评估范围也涵盖上百个国家或地区,而这些评估主体所选择的法治价值也均是已达成普遍共识的法治基本原则。当然大范围的法治评估也存在一些问题,即评估实际上得出的结论并不能完整和准确地反映评估区域的法治状态。(2)在小范围的法治评估中,围绕局部或特殊地区的法治现实和典型案例进行评估,或可体察与发掘地方行为模式或典型事件背后所蕴含的地方法治伦理价值与法治资源。例如,张林海等人作出的法治指标应用的典型个案分析,以“平顶山矿难案”^⑧、“李庄案”^⑨等对公正司法指标作出的衡量与评价。^⑩这也是沿着价值性进路在纵深领域进行法治评估的一种思路。

(四)法治评估功能

采用制度性进路所进行的法治评估的主要功能是测量与评价法治建设状况。具体来说,评估既可以从整体上分析与评价国家或地区的法治状况,又可以从时间维度上反映同一评估地区法治建设的成绩和不足,还可以从空间维度上反映不同评估地区法治建设的差别,甚至能为现行法律制度的发展完善提供指

引,改善法治环境,追求更高水平的法治。例如,余杭法治实验的评估结论为“社会法治状况呈良好发展态势”与“法治状况的不足及其改进建议”,并准确指明余杭地区应当在完善监督体系、树立司法权威、培育法治意识方面加强工作。^④与制度性进路较为精准具体的指向性相比,价值性进路的法治评估更关注评估地区的法治现实与法治理想之间的差距,其功能体现为反思与建构两个层次。具体而言:(1)总结与反思法治现实的功能。评估能够总结评估地区法治现实的基本样态,反思不同国家、地区的法治差异,甚至为不同国家或地区的法治水平进行排序,“世界正义工程”提出的法治评估体系和世界银行发布的《国别财富报告》均属此列。(2)建构和完善法治内涵的功能。不同国家、地区在法治价值上既有共同点,也有各自的特殊属性。特别是政府推动型的法治国家,在实践层面必然面临着向地方法治发展的转变,^⑤地方多元法治兼具法治的普遍性要素与地方性要素,如何调和普遍性的法治精神与地方性的法治特色成为难题。价值性进路的法治评估能够衡量城乡、民族、经济等各种因素造成的区位与文化差异,发掘和提留法治现实的本土资源,在解构已有法治价值的基础上提出带有地方性特征的新的法治价值,不断扩充和丰富本土化的法治内涵,进而洞察评估区域法治的完整状态。对于转型时期的中国法治而言,依循价值性进路的法治评估在一定程度上有助于培育自身法治精神与构建本土法治价值。

(五)法治评估方法

采用制度性进路所进行的法治评估主要使用定量方法。由于评估内容限定在现行的各类制度与机构的运行实施方面,因此量化统计不仅可行,而且能够更清晰地展现法治的体制性特征及普遍性问题。但是,“每一个指标都是一系列复杂事件的有缺陷的代表,即使最好的指标也只是对背后现实片段的测量”,^⑥价值无涉的碎片化指标并不会给研究者以价值指向的结论。基于此,在法治评估过程中需要结合定性方法明确数据资料的价值取向。例如,香港法治评估以聚焦小组讨论会的形式对香港法治进行评分,余杭法治评估也分设内外组评审和专家组评审进行评分,最终得出评估地区的法治指数。而采用价值性进路所进行的法治评估则要根据评估标准的明确程度确立评估方法。如果评估地区的法治价值比较明确或者该项法治评估仅关注业已成熟和确定的法治价值要素,那么就可以径行适用量化方法评测法治的实现程度,如《国别财富报告》等就是选择部分普遍性的法治价值组织评估的。但是,如果评估地区的法治价值尚未得到发掘和整合,并且评估项目旨在衡量和评价评估地区的完整法治样态,那就应当以定性方法的适用为主,通过采取实地体验、开放型访谈、参与型与非参与型观察、个案调查等多种方法,^⑦提取和挖掘潜在的法治价值要素,完整地呈现法治不同面向上地方伦理价值的生成、发展之动态过程,得出更真实、更贴近生活的法治评价与判断。

三、中国法治评估进路选择的理论反思

通过对法治评估的制度性进路与价值性进路的上述比较,我们可以发现,两种类型的法治评估进路在内容选择、方法确立、范围界定等方面均存在不同程度的区别。从中国法治评估的现状来看,已有的评估实践基本偏重于制度性进路的考察,如浙江省杭州市余杭区的法治实验、中国法治政府评估及各省广泛推行的地方法治评估指标体系,大都围绕法治相关机构职能的落实与制度建设的规范展开。面对这一现实,笔者提出以下疑问:仅凭借评估的制度性进路是否能够满足中国法治建设与发展的全部需求?价值性进路对于中国法治建设是否具有适用价值?如何正确处理两种评估进路之间的关系?笔者此处拟通过对以上问题的理论解释与回应,对两种法治评估进路在中国法治评估实践中的运用进行分析和讨论。

(一)以制度性进路开展法治评估的“利”与“弊”

中国法治评估实践经常聚焦于制度性进路是有其历史根源的。从现代法治的发展脉络上看,中国法治的前进道路与西方法治传统的演进不同,其不是哈耶克所述的自由秩序的延展,而是专门机关法治和民本法治两条道路并行不悖的展开,^⑧可以说机关法治构成目前中国法治建设的基本特征。但是,带有移植特征的专门机关法治与中国独有的民本法治非但迄今都没有实现融合与统一,反而在法治进程中引发了更多的摩擦与冲突。如何将移植而来的现代法律准确和有效地应用于自身法治情境,使这种实质变法的

结果不会出现“南橘北枳”之局面,就成为当前中国法治建设面临的重大难题。具体到中国法治评估活动中,就要求法治评估准确地将法治的制度实施与机构履职状况以及存在的普遍性问题作出快速的信息反馈,并促使相关部门或机构据此作出及时的矫正和改进。法治评估的制度性进路因其以制度的运行为评估视角而恰能满足中国法治建设与规划的这一即时性要求,能在较短时间内发现并协同克服现行法治运行过程中“限制公权”与“保护私权”方面较为突出的普遍性问题。从这个角度看,中国法治评估应当保持制度性进路的选择,使中国法治不偏离预期的规划道路。

采用制度性进路所进行的法治评估有其独特的优势,但如果法治评估仅局限于制度性进路,那么又可能导致以下几个负面后果:(1)法治评估主体官方色彩较重,评估信度偏低。评估应当尽可能保持中立性,而制度性法治评估对政府有较强的依赖性,特别是评估结论与政府日后的决策紧密相关,评估目标设计和政府资料的收集又需要政府相关部门的协助与配合,因此从根本上无法摆脱政府的干预,而这客观上也会造成地方政绩工程和虚假数据游戏的嫌疑,致使评估信度无法得到提高。(2)评估内容缺乏长期性和持续性。采用制度性进路所进行的法治评估着眼于现有法治规范和机构设置中问题的发现和改正,尽管提高了评估的即时效益,但其内容局限于对已有的各类规范、机构的考察,缺乏预测性和持续性,因此无法为中国法治的发展设计出科学而合理的长期发展战略。(3)过度强调评估覆盖率,忽视法治的地方性差异。以制度性进路开展的法治评估,强调在全国范围内形成规范统一的评价标准,实现对不同地区间的评比,进而便于在国家层面梳理和查找法治疏漏和问题。但是,中国不同区域的法治现实具有差异性,特别是民族非民族地区、城乡地区、东中西部地区之间存在特殊的法治伦理价值,这些法治内涵在制度性法治评估实践中往往被忽视,导致无法捕捉和把握各地方法治现实的细微差别,也无法因地制宜地提出地方法治改革的建议。(4)研究方法过于单一。制度性进路的法治评估经常使用定量方法,而定量方法虽然能以概观性和整体性为研究者所称道,但是其将复杂事物简单化处理的方法也已屡遭诟病,特别是量化方法自身不具备价值指引功能,得出统计结果后也无法直接由此判断该结论的价值取向。

(二)以价值性进路开展法治评估的“利”与“弊”

倘若从制度性进路评估的缺陷来看,中国法治评估似乎面临着从制度性进路到价值性进路的转向。中国面临着来自法律移植的变法模式与本土适用的普法模式之间的长期冲突,从根本上消解冲突的方法是变法的改造与普法的调整 and 适应,法治评估的价值性进路恰能有助于这个目标的实现。这一作用可从三个方面作出解释:(1)价值性进路可以挖掘与提炼中国法治本土资源,塑造中国的法治价值。“法律如果与本土的传统习惯不协调,就需要更多的强制力才能推行下去”,^③推行的效果也不会理想。当前,城乡法治失衡、区域法治失衡、实体与程序法治失衡成为地方法治面临的首要问题,^④地方法治要求尽可能结合本地实际发掘、整合和建构相应的法治资源。按照价值性进路的特点,特别是围绕地方法治特征开展评估,能够在较短时间内挖掘和提取评估地法治的特殊伦理价值要素,并通过归纳和总结来增添中国法治价值的实质内容。(2)价值性进路有助于提高法治重大问题的深度评估。价值性进路克服了制度性进路仅在横断面进行评价的劣势,在法治问题的考察上保持时间上的连续性,能够以纵向时间维度的完整描述作出评估,更有利于保证法治评估的深入性和延续性。同时,价值性进路的评估将视线直接聚焦至个别法治问题的探索上,有助于重大法治问题的深入考究,并为此类问题的最终解决提供价值性的指导。(3)价值性进路可以实现评估方法的多元化。除了传统的量化方法,质性方法也是以价值性进路开展法治评估时所使用的工具。访谈、田野等定性实证方法的使用也有助于扩宽法治评估的范围,拓展法治评估的功能,从而更好地保证与提升法治评估的现实价值。

这是否意味着价值性进路确已超越制度性进路成为中国法治评估进路的必然选择呢?目前,中国法治价值的内涵尚未真正确立,采用价值性进路所进行的法治评估更多的是从法治现实中提取素材来建构本土法治价值与法治标准的。那么,仅凭借价值性进路进行法治评估则可能出现以下后果:(1)评估无法为当前法治建设中的现实矛盾和问题提供准确而客观的资讯。在中国,采用价值性进路所进行的法治评估的重点旨在规划与塑造长远法治理想,因而无法为当下的法治建设和改革提供直接的反馈与技术支持,

而这则决定着社会矛盾能否得到及时化解,社会减压阀是否畅通和有效。(2)评估无法保证其概观性与全局性。价值性进路的法治评估在现阶段无法为法治建设的全局样态作出详细的描述,无法准确反映当前法治建设中的普遍性问题,也无法为下阶段法治规划提供直接而准确的改进思路与意见。(3)对具有普遍性的法治标准和规范的忽视。现阶段以价值性进路开展的法治评估过多强调法治评估的挖掘与建构功能,而缺乏对全球化进程中法治的普遍性特征的关照,由此可能陷入自我满足的境地,甚至故步自封而无法适应全球化法治潮流,将法治引入一种不可规划且短期内无法人为修正和改变的“失控状态”。

(三)法治评估中制度性进路与价值性进路的同源同构关系

无论是法治评估的制度性进路还是价值性进路,其自身都既具有积极的价值,也存在不可克服的缺陷,任何一种评估进路都无法单独实现中国法治评估的全部功能。从本质上来讲,这两种进路之间不是冲突与对立的关系,而更应当是一种同源同构性的关系。^⑩

制度性进路与价值性进路是法治评估进路的不同侧面,没有法律制度的设立与运行,法治价值的评估就无从实现;同样,没有法治价值要素的内在作用,法律制度必然会变得形同虚设,制度性进路的法治评估也就丧失其基本意义。有学者将法治形容为由“薄”到“厚”的发展过程,“薄”法治的特征是偏重于形式法治的内容,“厚”法治则更强调实质法治的价值。^⑪结合中国法治动态发展的战略,现阶段法治评估的制度性进路更突出地关注法治制度的实施与机构的运行,在评估内容上多为对“薄”法治的关注,但是随着中国法治的不断发展与完善,越来越多的伦理性法治价值会融入制度性进路的评估活动中,最终形成中国的“厚”法治,制度性进路的法治评估也会上升至对法治价值的普遍关照,最终演变为一种价值性进路的法治评估。同样,随着越来越多的法治资源与价值的积累,中国法治的理念与文化会日趋成熟和完备,价值性进路的法治评估也会实现对全局性、普遍性法治现实和问题的回应和解答。

因此,从理想状态上看,法治评估的两条进路虽然在内容、方法等方面存在诸多差别,但是在同类法治内容的评测上,两者得出的结论应当具有一致性和相似性,最起码两者的结果不应当出现背离。中国法治评估实践的重点也不是择其一而用之,而应当在充分考虑中国法治现实的特征和规律的基础上,规范、有效地统合法治评估的两种进路。

四、中国特色法治评估进路选择的实践探索

“法治与科学有不可分割的关系,没有科学就没有法治,没有科学精神就没有法治精神”。^⑫在法治评估实践中,如何妥善处理两种评估进路的关系更需要科学的态度。由于当前我国法治水平与现实认知条件的制约,以价值性进路开展法治评估在现阶段的主要功能是发掘本土法治资源,并在结合普遍法治价值的基础上建构中国特色的法治价值。以制度性进路开展的法治评估则是符合当前法治建设需求的系统性、整体性工程,承担的更多是查找法治建设不足与问题的功能,并负责阶段性法治规划的调整与改进任务。由此,中国法治评估实践可基于两种不同类型的评估进路形成在功能上互相补充和支撑的评估模式。

(一)从法治评估的制度性进路出发,建立规范统一的法治建设评估模式

从制度层面评估法治建设,不仅能够查找法治建设和运行过程中存在的问题与不足,而且能够为法治建设的制度规划与资源配置提供较为完整、科学的信息资讯,为法治改革的科学有效奠定基础。结合中国法治评估实际,在具体操作中应当建立以下评估模式:

1. 规范的法治评估内容

以制度性进路开展的法治评估是以现行法律制度、机构设置及其运行状况为评估内容的。在评估内容上应当摆脱以往结构混乱和无统一标准的状况,建立规范的制度标准和指标结构。统一的制度标准来自中国推行法治以来各项制度与机构的设置,应当作出提炼与整合,而指标结构应当摆脱依靠现有统计指标的传统作法,根据制度或机构的变化系统地增补与创设新的指标,及时准确地反馈法治建设最新资讯。

2. 相对独立的评估主体

以制度性进路开展的法治评估应当最大限度地减少对政府的依赖,即使在评估资金和数据来源上无

法完全脱离政府的干预,在评估项目的设计与操作上也应当由政府部门委托第三方负责。作为评估负责人的第三方既要要对职能部门或相关机构提供的客观数据作出复核和验证,也要负责组织公众参与监督法治评估过程,通过座谈会、小组讨论和增添公众成员至评估项目中等系列方式,以扩大公众参与法治评估的范围与深度,力促法治评估活动和结论的公开、公正。

3. 量化的评估方法与技术

以制度性进路开展的法治评估中,量化方法与技术的适用贯穿整个法治评估的全过程。具体言之,首先,科学的指标提取。指标直接决定问题设计的内容,因此“指标的选择与提出必须保证样本答案差异是来自回答者的差异,而非回答之前刺激物的差异”,^④这样才能保证测量的良好无误。其次,规范的抽样标准。“研究者必须做出的、影响面最广的决策是数据收集方法的选择”,^⑤特别是以制度性进路开展的法治评估范围较广,在采用分层、系统或多阶抽样的过程中,必须设置抽样的标准,无论是参照经济水平、收入状况、居住地域还是文化构成,都要做出正当性说明。第三,多种统计技术的应用。采集的数据是唯一的,而可供使用的统计方法却有多种。根据统计方法的适用条件和数据的特点,选择德尔菲法、模糊综合评价法、多元回归分析法等多种统计方法,从不同角度对数据进行评测,最终优选误差最小的评测结果。

4. 综合的监督与指标、数据开源机制

“变量的操作、样本的删除等细微差别,都可能会导致结果很大的差异”,^⑥以制度性进路开展的法治评估必须建立运行良好的监督与指标、数据开源机制。首先,加强样本数据的质量监控。制度或机构的运行数据可通过对数正态分布检验法、奔福德定律检测等技术对异常数据进行识别,还可以随机抽取部分数据提供机构进行数据原始材料的复核,访谈资料则可以通过随机抽取问卷进行回访作出复核。其次,建立指标、数据公开和开源机制。通过指标、数据的公开公示,既排除评估主体倾向于特定模型而推导出符合自己意向结论的嫌疑,也可以通过评估指标评议、数据开源公示以及评估结论的复核评价,提高评估成果的有效性和直接利用率。

(二)从法治评估的价值性进路出发,建立多元合理的法治价值评估模式

价值性进路更重视法治的目的性或伦理性价值的实现程度,特别是中国法治开始从宏大理论走向具体实践,先前通过“变法”移植过来的西方法治理念与中国传统文化和社会环境中蕴含的法治本土资源的变迁和发展的适应情况和转换效果成为评估重点。具体而言:

1. 多元化的评估内容

以价值性进路开展的法治评估具有较强的灵活性和主动性。首先,可以选择中国法治的不同侧面进行评估。例如,从中国重大法治现实问题出发,通过深入和持续的访谈与田野调查,挖掘和提炼出由该问题所反映的法治价值个别要素。其次,可以就现有法治价值要素的实现状况进行评估。例如,在人权问题上,可以从人权保护的角度评估相关法治价值的实现状况,也可以将评估得出的结论与国际上的人权责任指标等相关内容进行比较,提炼出中国在人权法治保护上的真正需求。

2. 多样化的评估方法

以价值性进路开展法治评估,评估方法上有较为多元化的选择。评估方法的选取和侧重主要根据评估目标和评估对象的现实状况来决定。在衡量国际先进法治理念在国内的适用性时,要分两种情况对待:对于推广时间较长且在规范层面已经有普遍性的规定的法治理念,可以考虑使用量化方式进行评估;而对于较为新颖的法治理念,可选择局部地区、个别群体进行质性评估,来评测该理念在中国的适用可能性与适用程度。在自身法治价值理念提炼方面,则更偏重于以个案、访谈等定性实证方法深入调取各种经验资料,以便在纵深层面更清晰地把握中国法治的特殊性,发掘本土法治资源要素。

3. 多类型的评估主体

以价值性进路开展的法治评估主体具有多元性特征,既可以是政府或国际性中间组织,也可以由研究机构或公众自由发起。不同评估主体还可以对同一法治内容从不同角度进行评估,既有助于丰富评估结论的多元解读,也可以通过对已有评估结论的检验证实或证伪其有效性,提高评估结论的现实应用性。同

时,以价值性进路开展的法治评估主体的开放性也会给普通公众参与法治评估的机会,让更多人了解法治、关注法治。从长远来看,这也是普及公众法治认识与提高法治权威性的有效途径。

(三)从法治评估两种进路的同源同构性出发,搭建二者功能上的互补关系

从实践应用上看,尽管制度性进路与价值性进路在关注的重点和实现的目标方面存在不同,但是两种进路的同源同构关系决定二者并非独立运作,而是有机统一的整体,在评估功能上也能够彼此衔接和相互促进,进而保证法治评估能为中国法治建设提供更为积极和有效的推动力。

1. 由制度性进路对以价值性进路开展的法治评估进行“指示”与“引导”

就中国目前以价值性进路开展的法治评估而言,其关键点在于找准法治问题并深入挖掘,而选择的多样化和复杂化却可能导致评估者无法准确找到真正值得关注的法治问题,往往无从入手。而以制度性进路开展的法治评估的目标在于发现法治建设过程中存在的问题与不足,所发现的问题尽管与法治规划和设计息息相关,但其本身也具有非常复杂和深刻的社会机理和历史脉络,可以有效指示以价值性进路开展的法治评估围绕哪些问题进行深入的考察,并从中挖掘和建构出具有根本属性的法治元素。此外,制度性进路所体现的全局视野可用于引导价值性进路法治评估的发展方向,使评估对地方法治要素进行采集和整理的同时,能够始终围绕中国法治规划的步骤与方向展开。最终保证聚焦于法治特殊价值的评估实践,不会由此而忽视中国法治的整体性与统一性,也不会以偏概全地否认或背离中国社会主义法治建设的基本思路。

2. 由价值性进路对以制度性进路开展的法治评估进行“扩展”与“验证”

首先,以价值性进路开展的法治评估结论可用于扩充和增加制度性进路评估的理论标准。以制度性进路开展的法治评估关注法治规划下的制度规范,部分有现实价值的法治内容尚未列入法治规划中,使得评估内容忽视或舍弃已有的部分制度规范指标。通过以价值性进路开展的法治评估,那些价值重大的规范性指标将会再次被纳入法治评估的过程,保证评估在衡量法治建设的业绩与不足中更为全面和完整,从实质意义上优化评估的实际效果。其次,以价值性进路开展的评估可用于检验制度性评估结论的可行性和合理性。在类似法治问题的评估上,经过验证的价值性进路评估结论应当与制度性进路评估的判断相吻合或者在趋向上具有一致性,通过法治价值性要素的介入,检验和论证已得出的制度性问题是否真实、科学。如果二者出现冲突或悖离,那么在法治改革中就需要谨慎使用制度性进路评估产生的结论,以免造成即时性法治调整和改进的错位与偏差。

五、结语

“法治并非中国文化的固有传统,从法制之法向法治之法的变迁是西方文明压迫和自我完善的本性之内、外双重牵引下展开的”。^⑥法治中国不是简单对西方法治文明的复制,而是在不断的法治探索中为人类法治文明找寻新的可能性的过程,这既是学习西方法治经验的过程,也是在为包括西方在内的全球法治文明增添新的内涵的过程。作为工具的法治评估,理应在尊重与接纳全球化法治文明的同时融入自身的本土法治资源,以功能同构的思路统筹价值和制度两条评估进路,不断丰富和完善中国法治实践与法治资源,找到中国法治发展的应有之路。

注释:

①转引自缪伟国:《余杭出炉“法治指数”》,《杭州日报》2008年6月16日。

②参见李林主编:《法治蓝皮书:中国法治发展报告 No. 9(2011)》,社会科学文献出版社2012年版,第385页;李林主编:《法治蓝皮书:中国法治发展报告 No. 10(2012)》,社会科学文献出版社2013年版,第411页。

③See Rios-Figuera, Julio, and Jeffrey K. Staton, Unpacking the Rule of Law: a Review of Judicial Independence Measures, IPSA Committee on Concept and Methods Working Paper Series(Political Concepts No. 21), 2008, pp. 1-2.

④See Andrews, Josephine T., and Gabriella R. Montinola, Veto Players and the Rule of Law in Emerging Democracies, Comparative Political Studies, Vol. 37, 2004, pp. 55-87.

⑤See Rigobon, Roberto, and Rodrick, Rule of law, Democracy, Openness, and Income, *Economics of Transitions*, Vol. 13, 2005, pp. 553—564.

⑥See Arndt, Christiane, and Charles Oman, *The Uses and Abuse of Governance Indicators*, OECD Publishing, 2006, p. 3.

⑦参见戴浩飞:《法治政府指标评估体系研究》,《行政法学研究》2012年第1期;包万超:《法治政府的标准及其评估体系》,《湖南社会科学》2013年第2期。

⑧参见袁曙宏:《构建中国法治政府指标体系》,《中国法律》2007年第1期;廖奕:《法治如何评价?——以地方法治指数为例》,《兰州学刊》2012年第12期。

⑨参见钱弘道:《余杭法治指数的实验》,《中国司法》2008年第9期。

⑩参见陈林林:《法治指数中的认真与戏谑》,《浙江社会科学》2013年第6期。

⑪参见姚建宗:《法治指数设计的思想维度》,《光明日报》2013年4月9日。

⑫⑭See The World Bank, *Where is the Wealth of Nations? The World Bank Publish*, 2006, p. 13, pp. 13—16.

⑬⑮⑰⑱See Mark Agrast, Juan Carlos Botero, and Alejandro Ponce, *The World Justice Project Rule of Law Index 2011*, The World Justice Project Publish, 2011, pp. 9—12, pp. 9—12, p. 9, pp. 9—12.

⑲《中国法治发展报告》关注重点的转变可从每年报告目录的变化中发现。2003年报告中突出强调个案形式的“热点问题报告”,而到了2008年和2009年,法治改革、法治建设、法治实践成为报告的主体内容。2011年和2012年报告更是将实证调研、指标数据资料作为其重要组成部分,在“国情调研”和“地方法治”栏目中列入部分全国性量化数据和区域性量化数据报告。

⑳参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(第1卷),阎克文译,上海人民出版社2010年版,第57页。需要指出的是,法治评估实践中的评估进路并不是绝对独立与互相排斥的,而是一种“你中有我,我中有你”的形式,但是其中作为评估主要依据的评估进路仍存在差别。按照马克斯·韦伯关于理想类型的划分标准,法治评估的进路只是一种“概念上纯粹的类型”。现实中不可能存在纯粹的某个类型的法治评估进路,而只是说具体某个法治评估项目侧重于某种类型的评估进路,但并不排斥其他进路中部分实质要素的融入,因此现实中的法治评估进路往往更多表现为一种“相似的相符合”。

㉑沃克提出“人们无法明确法治的定义,但至少可以依照不同的路径或标准定义法治”,并归纳出法治的制度性路径和价值性路径。See Geoffrey Walker, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988, pp. 9—11.

㉒付子堂、张善根:《地方法治建设及其评估机制研究》,载《中国法理学研究会2013年学术年会论文集》,第140页。

㉓⑳⑳参见钱弘道等:《法治评估的实验——余杭案例》,法律出版社2013年版,第40页,第87—89页,第102—103页。

㉔㉕参见俞可平主编:《国家治理评估——中国与世界》,中央编译局2009年版,第321页,第298—306页。

㉖体制是institution的汉译,有特定文化背景的要求,而system很多情形下也可译为体制,其内涵较为模糊。由此,笔者提出将institutional界定为“制度性”,其与价值性的区别也较为清晰和准确。

㉗㉘戴耀廷:《香港法治指数》,《环球法律评论》2007年第6期。

㉙㉚参见钱弘道:《中国法治指数报告(2007—2011)——余杭的实验》,中国社会科学出版社2013年版,第6—8页,第65—72页。

㉛参见赵秉志:《略谈平顶山9·8矿难案的定罪量刑》,《人民法院报》2010年12月2日。

㉜参见孙万怀:《从李庄案看辩护人伪造证据、妨害作证罪的认定》,《法学》2010年第4期。

㉝参见张林海主编:《法治的衡量与实现——法治指标体系及应用研究》,黑龙江人民出版社2011年版,第158—162页。

㉞参见付子堂、张善根:《地方法治建设评估机制的全面探索》,http://xbxsf.nwupl.cn/cdsy/xsf6/201208/6999.html, 2014-01-02。

㉟[美]克里福德·科布、克雷格·里克斯福德:《社会指标的历史教训》,宾建成译,《经济社会体制比较》2011年第5期。

㊱参见陈向明:《定性研究方法评介》,《教育研究与实验》1996年第3期。

㊲参见凌斌:《法治的中国道路》,北京大学出版社2013年版,第78页。

㊳苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第14页。

㊴参见朱未易:《地方法治建设的法理与实证研究》,东南大学出版社2010年版,第5页。

㊵无论是采用价值性进路的法治评估还是采用制度性进路的法治评估,都是依循法治作出的,二者具有同源性。同构关系指的是对某个结构成立的命题也会在另一个结构上成立,法治评估两种进路之间相互依存,制度性进路评估的量变会逐渐演进为价值性进路评估的质变,这也是同构关系的一种表现。因此,笔者将法治评估的两种进路理解为一种同源同构性关系。

㊶参见[美]布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第91—92页。

㊷孔庆平:《改造与适应——中西二元景观中法律的理论之思(1911—1949)》,上海三联书店2009年版,第132页。

㊸㊹[美]弗洛伊德·J.福勒:《调查研究方法》(第3版校订新译本),孙振东、龙黎、陈荟译,重庆大学出版社2009年版,第66页,第87页。

㊺陈云松、吴晓刚:《复制性研究——社会科学定量分析新趋势》,《评价与管理》2012年第4期。

㊻陈卯轩:《20年来法治之法的价值、制度与谱系生长》,《四川师范大学学报》(社会科学版)2005年第4期。

责任编辑 王虹霞

法治评估指标专栏

论法治建设指标体系的特性与功能^{*}徐汉明^{**}

内容摘要:科学完备的法治建设指标体系作为建设中国特色法治体系的“辅助手段”,其不仅仅是“国际法治评估运动”在中国法治语境下的一种能动反映,更在于是其蕴育、生长于中国特定经济政治制度、法治文化等社会物质生活资源,内嵌于其国度的法治体系之中,呈现出目标预期确定、价值取向民主、激励约束矫正等特性,其设计与实施的目标在于通过对“法治中国”建设全过程与结果进行测度、评估、预警、矫正等,保证法治建设预期目标的实现,发挥其驱动法律实施机制的创新、助推中国式“善治”水平的提升、蕴育中国法学新型学术流派成长、催生中国特色法治评估话语体系的形成等不可替代的价值功能,并且成为服务于“后现代化国家”法治建设“赶超战略”的“增长点”,保障“后发式国家”法治体系“加快建设”与“高效实施”的一套科学完备的评估工具。

关键词:法治建设指标体系 法治中国 特性 功能

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.01.014

一、问题的提出

20世纪中后期,伴随着国际社会对法治和治理领域这一问题的深入思考和法学实证研究范式的兴起,引发了一场“法治指数国际化”运动。^①在经济全球化浪潮的冲击与大数据时代的挑战下,中国开始了“法治评估”的理论研究与实践探索。^②近年来更是引发了一场以“法治评估”为主题的有关法治模式、法治与善治、实施机制、评估范式的多学科、多领域基础理论研究的“法治思想风暴”。^③在此背景下,中国共产党十八届三中全会开创性提出“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”的部署,将其正式纳入“法治中国”建设和全面深化改革的蓝图规划中。^④随后的十八届四中全会提出“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容、纳入政绩考核指标体系”的要求,作为全面推进依法治国的重要任务之一。^⑤这标志着“量化法治”正式从“江湖之远”走上了“庙堂之高”,从“理论探讨”迈入了“顶层制度设计”,从“微观基层试验”步进到“宏观实施机制有序运行”阶段,开辟了“法治中国”建设的新路径、新境界。

随着法治建设的推进,理论与实务界对构建科学的法治建设指标体系的必要性、正当性及可行性基本达成共识,并延伸出诸类研究进路:(1)比较论研究。以全球法治指数的特点、内容、局限、设计思路和方法为关

* 本文系司法部2014年度重点课题《社会治理法治研究》(14SFB1001)阶段性成果。

** 中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心主任,教授,博士生导师。海南师范大学法学院林必恒副教授,华中科技大学法学院徐晶老师,中南财经政法大学博士研究生申政、郭川阳、杨新元,对本文资料的收集整理和查询提供了大量的帮助,在此一并谢忱。

① 参见钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟:《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

② 香港地区法治指数(2005)出台,开启了我国“量化法治”实践的先河。两年后,浙江省杭州市余杭区也着手探索法治指数构建之路,实现了我国内地法治评估零的突破。至此以后,北京、上海、江苏、湖北、深圳、温州、昆明等地都走上了构建符合本地实际的法治指标体系新型模式的探索之路,并得到了各级党委、政府和公众舆论的支持与认同。

③ 参见前注①,钱弘道等文。

④ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,2013年11月12日。

⑤ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月23日。

注点。^⑥ (2)基础论研究。多为阐述法治指数的意义、功能、原则、目标等,或为法治指数构建提供哲学层面的思想导引。^⑦ (3)构建论研究。以设计政府、^⑧地方、行业^⑨法治评估指标体系为主要内容。^⑩ (4)技术性研究。注重评估技术与方法的介绍和探讨,等等。这些研究虽然有助于从“国际经验范式”和“国内典型试验”中汲取理论资源和指导基层实践,但照搬式、区域式、行业或部门式的法治指数(指标体系)设计,难以科学规范地回应法治建设指标体系顶层设计的急迫现实需求,亦难能从理论、制度、实践多维度方面有力回应构建法治建设指标体系的基本问题,即:什么是科学的法治建设指标体系?为什么要构建科学的法治建设指标体系?怎样构建科学的法治建设指标体系?^⑪因此,需要从理论与实践的结合上,诠释法治建设指标体系这一范畴的质的规定性,准确阐述其在推进国家治理体系和治理能力现代化,加快建设“法治中国”中的独特功能,从而为研究提供共识性理论框架,为顶层设计与法治体系实施搭建对话与统筹的平台。

二、法治建设指标体系的特性

法治建设指标体系作为一个内容丰富的有机整体,在理论与实践冲突融合的过程中,呈现出知识体系开放性的特质。如何从特定的视角维度去理解、归纳、诠释其特有质性,是其科学设计和有效实施的前提和基础。法治建设指标体系与西方法治指数、国内现有的法治指数(指标体系)都同属于“量化法治”衍生的理论范式与实践模式,都是以量化的方式科学全面界定、测度、评判一个国家或地区某一时段内法治水平和发展状况的评价模式,具有综合性、量化性、引导性和评价性等共性。但是,它们作为相似相关而不同质的范畴是不可以混同使用的。“只有以特定情境或法治生活形式为参照,才能描述和解释其中社会行动的意义。”^⑫我国提出并在建立的法治建设指标体系,由于其设计、考核、运行的具体语境与国际、国内法治指数(指标体系)不同,所以也体现出其特有的属性。具体而言,包括以下几点:

(一)目标预期的确定性。考察国际法治指数,其目标设定一般是通过某一国度的普通人、社会组织和相关团体感知或者体验所获得对国家与社会共同体法治运行状态的主客观认知相统一的合理预期,并且通过追踪法治变动的最新成果,为政策制定者、商业机构、非政府组织和选民提供独立的数据资源,比较国家法治强弱程度,为世界各国加强法治建设提供一面“镜子”,^⑬其呈现出中立性、技术性、参照性的特点。探求国内区域、行业、部门的法治建设指标体系(法治指数),它们一般服务于“区域法治创建活动”、“依法行政”等法治建设单级目标,其法治目标任务的预期呈现短视性、结构体系呈现碎片化、实施机制呈现封闭性的特点,其法治建设绩效与预设目标则常常处于不确定的状态,在某些情况下则可能出现效益递减的状况及法治建设投入总量持续不断增加,而总体收益持续衰减的状态。相对比之下,法治建设指标体系是基于中国共产党十八届三中全会、四中全会做出“加快推进法治中国建设”、“推进国家治理体系和治理能力现代化”宏观战略部署

^⑥ 参见占红沅、李蕾:《初论构建中国的民主、法治指数》,载《法律科学》2010年第2期;赵昕:《可以量化的正义:衡量法治水平的十六项“法治指数”(上、下)》,载《人民法院报》2010年6月18日;张保生:《世界法治指数对中国法治评估的借鉴意义》,载《法制与社会发展》2013年第6期;鲁楠:《世界法治指数的缘起与流变》,载《环球法律评论》2014年第4期。

^⑦ 参见前注①,钱弘道等文;李蕾:《法治的量化分析—法治指数衡量体系全球经验与中国应用》,载《时代法学》2012年第2期。

^⑧ 在省级政府层面上,2010年起,湖北省、北京市、辽宁省、广东省、江苏省、四川省相继颁布实施法治政府建设指标体系。在市级政府层面上,2005年起,南京市、成都市、苏州市、青岛市、深圳市、沈阳市、惠州市、镇江市、温州市相继颁布实施法治城市或法治政府建设指标体系。区级人民政府层面,以2007年浙江省杭州市余杭区实施的“余杭法治指数”最为典型。

^⑨ 诸如国家工商总局2013年1月3日颁布《工商行政管理机关法治工商建设评价指标体系》;2012年5月16日江西省宜春市工商管理局颁布《宜春市工商系统法治工商建设考评指标体系》;2010年12月江苏省财政厅颁布《法治财政建设指标体系》等。

^⑩ 参见仇立平:《上海法治建设指标体系的理论和构想》,载《社会》2003年第8期;袁曙宏:《关于构建我国法治政府指标体系的设想》,载《国家行政学院学报》2006年第4期;戴耀廷:《香港的法治指数》,载《环球法律评论》2007年第6期;申来津、朱勤尚:《法治政府评估指标体系的设计与运作》,载《行政论坛》2008年第2期;王公义:《建设法治城市,量化衡量指标》,载《中国司法》2009年第1期;耿玉基:《基层法治政府指标体系研究》,载《行政与法》2009年第3期等。

^⑪ 参见徐汉明、林必恒:《建立科学的法治建设指标体系和考核标准》,载《人民日报》2013年12月29日。

^⑫ Giddens, A. 1993. *New Rules of Sociological Method*. Stanford University Press, p.1.

^⑬ 参见张保生:《世界法治指数对中国法治评估的借鉴意义》,载《法制与社会发展》2013年第6期。

与整体协调推进行动,这使其在功能属性上与法治建设、国家治理的顶层设计和部署任务具有天然的关联性,是中央统一部署实施的中国特色社会主义法治建设的有效实施机制。其设计与实施的目标预期,一方面在于通过对法治建设的过程监测和结果测度、评估、预警法治建设有无偏离既定轨道,进而通过信息反馈对背离任务要求、违反职能职责的行为和现象进行查究矫正,保证法治建设达到合理预期要求。另一方面,中央通过法治指标体系的设计和以此为依据的考核,促使层级公权力机关、行政执法部门、司法机关、经济管理部门参照指标查找差距,明确施力重点,矫正偏离问题,提出实施新措施。再一方面,通过指标体系考核实施获取法治建设偏离预期目标的相关数据信息,以此作为改进治理策略、完善治理体系、优化治理能力等决策的科学依据,促进治理整体绩效水平之提升。^⑭从这个意义上说,法治建设指标体系是服务于“后发现代化国家”法治建设“增量推进”与“赶超建设”的一套治理评估工具,具有目标预期确定性、整体性和多重性等特点。

(二)价值取向的人民性。我国国体、政体人民性的本质属性,既要求国家的一切权力由人民授予,坚持人民民主,把人民民主原则贯穿于法治建设的始终,并且作为检验法治建设成效的根本标尺,又要求提供维护社会公平正义、增进人民福祉的制度保障,以此建立起协调有序的法律制度安排及其法治秩序。^⑮对这种制度安排运行状况的评估,对作为公共品——法治秩序的形成、维护及其有效实现状态的观测与检验,其一个重要的途径在于运用法治建设指标体系及评价标准,对法治建设运行状况进行观测、检验、测度、监督、提出矫正意见,使偏离法治建设预期目标、行动进程、实施机制等现象恢复到正常的轨道上,从而实现保障人权、制约公权、维护公平、彰显正义、促进和谐、增进人民福祉的根本宗旨,彰显法治建设指标体系及其评估方法的价值作用。考察世界正义工程等法治指数,其所设置的诸如法律保护个人迁徙自由、意志自由,保护隐私权、言论自由、集会自由、结社自由和劳资谈判之权利;法律保护人身安全等指标,^⑯这些指标的设定并无不可非议的。问题在于其实施评价过程中采用有限的“普通人口抽查”及个别“样本选定”(比如在中国,仅在北京、上海、广州三个城市选取一千个样本)的考核方式,虽然一定程度上体现了西方“民有、民治、民享”的价值观,为发展中国家法治建设指标体系的构建与实践提供了借鉴。但是这些样本对于一个具有 13 亿人口的大国而言,其典型性、代表性不具有权威性,而其依据中国人口几千分之一的概率代表所得出的结论这是难以认同的。我国倡导和正在建立的法治建设指标体系,是一种由公众自我评价、官方评价、第三方评价互动融合的一种新型法治评估工具,其运用和实践所形成公众对其的认可度、满意度及其支持度,是西方法治指数评估模式与实践所难以比拟的。

(三)调整机制的约束性。法治建设指标体系调整机制约束性的机理,是观测评价法治建设指标体系外在实施有效性的标尺。从国际社会法治指数理论创建与实践运行不难发现,其一般由世界银行、美国律师协会等独立于政府的第三方主体自发组织实施,^⑰其观察评价的结果对于被观察评价国家和地区仅仅是一种“软性协调机制”,不具有国家强制力保障所产生的功效。中国特色法治建设指标体系,由于其在运行载体上内嵌于我国公权力机关及其职员的政绩考核指标体系,使其具有“政府系统自上而下的权威推动、全面动员、资源配置、层级管理”的特性。^⑱上级权力机关按照特定的目标向下级权力机关下达指标、分解任务、量化考核,^⑲通过激励与约束机制,促使地方各级权力机关自下而上保证任务贯彻执行。从这个意义上说,以政绩考核指标体系为运行载体的法治建设指标体系不仅仅包括了法治指数所意涵的“以量化的形式判断和衡量

^⑭ 参见徐汉明:《以科学的指标体系助推法治建设》,载《光明日报》2014年11月6日。

^⑮ 参见徐汉明:《强化法治思维提升领导干部法治能力》,载《法制日报》2014年11月26日。

^⑯ 参见 the World Justice Project, <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>, 最后访问时间 2014年6月15日。

^⑰ 参见 D. Kaufmann, A. Kraay and P. Zoido-Lobaton, “Aggregating Governance Indicators”, World Bank Policy Research Working Paper No. 2195, 1-4 (1999). the World Justice Project, <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>, 最后访问时间 2014年6月15日。

^⑱ 参见高小平:《中国绩效管理的实践与理论》,载《中国社会科学》2011年第6期。

^⑲ 渠敬东、周飞舟、应星:《从总体支配到技术治理——基于中国改革30年经验的社会学分析》,载《中国社会科学》2009年第6期。

一个国家或地区法治状况”^①的内容,其关键要素之一在于中央通过指标体系考核评价地方法治建设工作落实的状况,测度其是否通过有效作为(履行职务、优化机制、改良体制等)完成中央下达的关于法治建设的目标任务,以及具体行为在促进目标任务落实方面达成的实际效果,并依据考核结果对领导集团或个人进行肯定性(晋升、提资、发奖金等)或否定性评价(限期调离等)。^②

(四)矫治功能的有效性。法治建设指标体系作为法治建设助推器,其观察、监测、评价、预警功能在互动协调过程中,呈现出对公权力部门在法治建设场域偏离目标现象予以矫正、调整,使之恢复既定轨道的功能。国际组织法治指数作为“软约束机制”,其提供的仅仅是国家、地区法治建设的“舆论评判”和“引导性治理建议”,其功效往往取决于被评价国家、地区特定主体的认同度及其行为取向。而且,如果被评价国家地区对第三方主体实施评估的指标和标准存有质疑,“组织的‘惰性’和实为明显的抵抗形式会一起成为评估的一种障碍。”^③这也必然导致其直接激励矫治功能的脆弱性。这犹如一个高端军师给出的战争战略、战术等妙计,而军事家、指挥家常常忽略不计或嗤之以鼻一样,他们对于战争的错误战略、战术的矫正是难以实现的。法治建设指标体系作为层级机关强制力保证实施的量化评估系统,其评估过程与结果不仅仅影响社会公众认知心理,而且涉及到区域、行业、部门的政绩考核、个人升迁乃至公共政策、法律制度的调适。

(五)适用范围的普遍性。法治建设指标体系适用的法域范围是其发挥有效观察、准确检测、公正评价、诊断改进法治建设功效的主体界限与空间范围。从国际组织法治指数的实践观察,其组织测评的范围涉及世界不同国家和地区,不以单一主权国家为限度。如世界正义工程法治指数2010年依据其指标体系对70个国家法治状况进行测评,2011年对全球100个以上的国家进行测评。我国国内层面诸如北京、四川、湖北、浙江余杭等法治建设指标体系(法治指数)主要以国内特定行政管辖区域为范围,以本地特色法治建设目标为基础,仅在当地具有适用性、约束性,往往体现的是地方决策者的治理思维惯性与局部政绩评价偏好。与前两者不同,法治建设指标体系由主权国家的中央机关组织推动,通过政绩考核指标体系这一运行载体,层层下达并全面实施考核评估,具有在中国法域内一体推行、一体适用的特性。其实施的结果有助于形成法治建设投入、评价所产生的法治建设的边际收益持续递增的效果。

(六)评价结果的可比较性。法治评估的目的包括对不同社会体制和文化进行比较分析,使法治建设的具体举措和绩效的评价趋于统一化。^④当前国内已有的法治建设指标体系(法治指数)多为地方的党委、政府自发组织设计实施,无统一规划和标准,由于内容和侧重点不同,考核优劣结论的比较难以形成共识。如2012年余杭地区组织自评评估并发布法治指数为73.66分,昆明发布法治指数为72.96分,单从两者得分中难以评断昆明地区法治建设水平与余杭地区法治建设水平的高与低。国际组织的法治指数从价值性进路和体制性进路切入,试图用“普世性标准”衡量各国的法治建设状况,这是值得分析的。由于各国家(一国的地区)资源禀赋、文化传统、经济状况、政治制度、法治建设等方面的差异,虽然其评估形式上实现了可排序比较的功能,但实质结论难免带有主观色彩和用西方所谓“普世价值”评判的痕迹,排序比较难以规避对上述差异化因素的忽略而呈现出显失公平等结构性缺陷问题。法治建设指标体系以“法治中国”建设总体目标为基准点,用一套主权范围适用的指标体系考核各区域、各部门法治建设状况,由于目标、内容和标准的清晰明确,加之公权力机关主导、社会组织协同、专业机构辅助、公众广泛参与,对考核目标的共识性把握和评估信息数据获取较为充分,使评估结论可在一国范围内进行排序比较,易于形成以法治建设指标体系为平台的“竞争机制”和“激励机制”。

综上所述,法治建设指标体系的内涵可以概括为,它是由一国最高政治决策集团以法治体系的运行向度为坐标系,依托若干系统科学、分层分类、结构严密的量化指标,通过职能层级组织系统与第三方力量有机结合,对一国范围内公权力机关(职能部门)在特定时间段内法治建设的成效进行全面客观公正地测度、评价及预警的量化评价实施系统及其实施动态机制。

^① 鲁楠:《世界法治指数的缘起与流变》,载《环球法律评论》2014年第4期。

^② 参见徐汉明:《以科学的指标体系助推法治建设》,载《光明日报》2014年11月6日。

^③ 参见[美]詹姆斯·E·安德森:《公共政策制定》(第五版),谢明译,中国人民大学出版社2009年版,194页。

^④ 参见季卫东:《以法治指数为鉴》,载《财经》2007年10月17日。

三、法治建设指标体系的功能

作为一种特殊的社会量化评价工具,当前学界大多倾向于从技术化、本体化层面对其功能进行理论概括,包括描述、解释、评价、监测、预测、引导、校准等,^②总体而言难以跳脱技术主义的解释视角,对其进行准确的战略定位有待深入探讨。因此,笔者试图从多元维度解释其功能,为理解其在国家与社会治理转型过程中推进法治建设的特有功能提供新路径。

(一)法治体系维度:法律实施机制创新的驱动力

经过60多年特别是改革开放30多年的实践和探索,我国正逐步实现从“人治”、“政策之治”、“法制”到“法治”的三重伟大历史转型。^③“法治中国”正是在“法治转型”的大格局中提出的新命题。在此背景下,高效的“法治实施”乃至对法律实施状况的评价就显得尤为突出、尤为紧迫。法治建设指标体系作为新的法律实施机制,在地方和行业法治评估实践中彰显了其作为法治建设新潜在预期收益机会的功能与作用。随着法治建设指标体系的整体推行与实践,其对法律实施机制的多维度整合、重构和创新,可以有效防止发生“法律只是一种神话”^④的“反向激励”现象。其一方面可以把法治建设的目标预期通过运用逻辑严谨、主次分明、可评价、可复制的指标体系和考核标准,寻找对法治建设过程及结果进行有效观测、监督、预警的实现形式,即通过动态性的量化评估数据直接呈现法治建设的微观、中观乃至宏观实施状态,从而提升社会对推动“法治中国”建设的共识与决策机关、实施主体、监测主体乃至社会公众对“法治中国”状况评判的科学水准,^⑤进而为“法治中国”建设提供科学决策和清晰可辨、有据可循的行动目标和评估反馈。正所谓“在最不理想的情况下,指标也能够通过提供被忽视状况的统计信息来启发公众和决策者。经过这一过程,指标能够依靠扩大知情度、集中注意力而影响到政策结果。”^⑥另一方面,法治建设指标体系作为一种自主性、嵌入性的法律实施机制构造,可以通过预设的目标、渠道、方式适时捕捉、监测、检验、评议、预警考核对象在法治建设过程中是否发生错位、越位、不到位等诸多违反法治的现象,是否形成非正当的或非程序性的或非法的利益博弈,是否隐性或显性地损害法益目标,追踪社会秩序紊乱信号,减少盲视、误判、误诊等法律实施偏离预期目标、法律规制等问题。这一机制的系统性组织和创新性实施,有可能触发推动“立法—执法—司法—守法—法律监督”等法治运行“五环节模式”向“执政—立法—执法—司法—守法—法律监督—法治评估”等“七环节模式”转型,从而建构起由决策、制定、实施、监督、保障、反馈等为内容的新型法治建设系统。

(二)治理目标维度:中国式“善治”的助推器

“治理”和“善治”是现代国家和国际组织所设定的国家、地区乃至全球治理所应达到的理想状态。所谓“治理”是指通过国家、公民、社会和私人部门之间的互动,一个社会管理其经济、政治和社会事务所依靠的价值、政策和制度体系,是为个人、组织和公司设定界限、提供激励的规则、制度和实践,包含社会、政治和经济维度,存在于人类事业的各个层面尤其是家庭、村庄、都市、国家、地区抑或全球。“善治”是治理的上位目标,其是指公共利益最大化的社会管理过程,本质特征在于政府与公民对公共生活的合作管理,是国家与社会的一种新颖关系,是两者的最佳状态,^⑦可以通过合法性、法治、透明性、责任性、回应性、参与、有效、稳定、廉洁、公正等标准进行衡量。^⑧在我国“推进国家治理体系和治理能力现代化”的背景下,“善治”既勾勒了我国从“社会管理”向“社会治理”转型的路径,界分了从“国家统治”向“国家治理”跨越的核心要素,也为国家治理体系和治理能力现代化建设提供了价值标准和目标维度。

从法治建设指标体系的内在运行机理考察,其与“善治”的衡量标准和目标要求具有紧密关联性和深度

^② 参见王称心、蒋立山:《现代法治城市评价:北京市法治建设状况综合评价指标体系研究》,知识产权出版社2008年版,28—30页。钱弘道认为对于后发国家来说,建构型法治的推进更需要一个客观和量化的分析评价标准来衡量法治发展的水平,校准法治建设的局部目标定位校准法治建设的局部目标定位,参见前注①,钱弘道等文。

^③ 徐汉明:《保障宪法和法律统一正确实施》,载《光明日报》(理论版),2013年10月13日。

^④ [美]E·博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第232页。

^⑤ 参见江必新、王红霞:《法治社会建设论纲》,载《中国社会科学》2014年第1期。

^⑥ 克利福德·科布,克雷格·里克斯福德:《社会指标的历史教训》,宾建成编译,《经济社会体制比较》2011年第5期。

^⑦ 参见俞可平:《治理与善治引论》,载《马克思主义与现实》1999年第5期。

^⑧ 参见俞可平:《善治与幸福》,载《马克思主义与现实》2011年第2期。

契合性。其一,以多元主体参与推进善治体制。法治建设指标体系摒弃传统的“组织掌控、内部实施、参与缺失”的评估机制,形成党委领导、政府主导、社会协同、公众参与的多元化评估机制,使评估的过程充分体现公民在更广范围、更大空间、更多渠道有序政治参与的价值维度,形成社会目标的政治辩论理性化与公共领域的交往理性和重叠共识,使政府、社会、居民在“协商民主”的框架下通过理性审慎的话语商谈和综合决策,^①推进法治建设指标体系的科学设计和有效实施。其二,以信息机制革新推进透明型、责任型政府构建。信息灵通和政治透明性是善治的核心要素之一,透明程度愈高,善治的程度也愈高。在体现人民主体性的治理体制下,作为“代理人”的政府及其公权力系统同样有追求部门和私人利益最大化行为的可能,加之信息不对称问题的存在,代理人有可能在委托人难以及时察觉和监管的条件下,利用手中的公共权力和信息资源优势,偏离委托人的效用目标而实施道德风险。^②评估作为一项不断收集评估对象信息的能动活动,能使各种法治建设的信息在政府、评估者和社会公众之间交流互动。其三,以量化指标设置与考核运行助推权力(利)和责任(义务)清单体系构建。通过法治建设指标体系设计,可以明晰执政党、国家、政府、社会、公众在法治建设各个过程中的权力(权利)和责任(义务)的内容与界限,使各主体通过指标体系认知“权力(权利)束体系”与“责任(义务)束体系”的“量化边界”,使其免受非理性的不当干扰,使复杂的法治建设与治理过程变得更易理解和预见,从而避免“超负荷识别”,减少“远期无知。”^③其实施的预期在于,促进现代治理体系的多层监督体制和责任体制的建立健全,形成对公权力部门在人民授权内依据权力清单、责任清单、负面清单来“忠诚、公正、清廉、文明”履职的“倒逼效应”,从而助推决策科学、执行坚决、监督有力的权力运行体系构建,为实现“良法善治”提供有力保障。其四,促进政绩考核体系之改良。政绩作为统治过程有效性的重要表征,是我国治理实践中公权力机关的“指挥棒”。与GDP、民生改善、社会进步、生态效益等指标考核体系相比,法治建设在政绩考核体系中是长期处于“边缘地带”的软约束指标,与被考核对象负责人职务任免、职级升降、交流任用、奖励惩处关联度不高。在政府等公共部门中,晋升激励是主要的激励手段。由于晋升激励制度安排的缺失,法治建设在各级公权力部门考核中难以形成“标尺线”和“矫正器”,法治建设指标体系的传承导向、测度评价、激励约束功能被虚置。^④中国共产党十八届四中全会提出“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容、纳入政绩考核指标体系”的要求。这使得法治建设的目标任务要求可以有效作用于一个地区和行业领导集团的价值取向、决策模式、实施机制和行为方式,地方相关部门及其领导集团基于晋升、声誉等自身利益考量,往往会以法治建设指标体系作为施政的“目标线”,更多地采取积极作为的矫治、修正、调整、补救、完善的方式方法,通过积极争取有立法权的权力机关修改法律、制定法律及其他上层建筑某些方面、某些环节的调整变动,以获得持续稳定的治理收益,从而形成以“法治建设成效”为内容的竞争机制,推动我国政绩考核体系的结构调整,推动领导干部政绩观、施政方略乃至治国理政方式的系统性升级。

(三)理论创新维度:中国法学新型学术流派的蕴育体

中国的法学理论作为解释、回应和引导中国法治建设实践的学理产品和智识资源,从本质上说是中国社会转型和社会变迁的必然产物。中国共产党十一届三中全会以来,随着从“法制”到“依法治国”国家治理基本方略正当性的确立,“法治”以前所未有的态势全面系统地渗入我国经济、政治、文化、社会和生态文明建设各领域,伴随而来的是我国法学教育的兴盛、法治职业共同体逐步形成和法学理论的探索争鸣,中国法治与法学理论研究步入了全面的发展阶段。21世纪初,国内学者从研究旨趣、理论导向、思想倾向、学术风格等标准对我国法学研究学术共同体进行“理想类型”的划分,归纳提炼出法教义学、政法法学、社科法学三大学派,^⑤并在学者的推波助澜下形成了关于这三大学派的理论争鸣和“中国法学向何处去”的学术讨论。

^① 参见李龙:《论协商民主》,载《中国法学》2007年第1期。

^② 参见范柏乃、段忠贤:《政府绩效评估》,中国人民大学出版社2012年版,第45页。

^③ 柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,商务印书馆2000年版,第150页。

^④ 参见徐汉明:《推进国家与社会治理法治化》,载《法学》2014年第11期。

^⑤ 参见苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版。

当前,“什么是你的贡献”^{③④}“中国法学能否为评价、批判和指引中国法治发展提供作为理论判准和方向的‘中国法律理想图景’”^⑤仍是中国法学必须回应的时代命题。近年来,以法治建设指标体系、法治指数等法治创新实践与理论研究为背景,一个以独特的研究对象、研究取向、研究假设与研究方法为核心要素的“学术共同体”——“法治实践学派”正在兴起,并受到各方关注与热议。^⑥该学派的主要旨趣或宗旨是用实验、实践、实证的方法对“法治中国”发展道路进行学术阐述、理论概括和社会实验,强调中国特色、法治精神、实践理性以及公共理性。概言之,它的内容是法治的,路径是发展的,方法是实践的,立场是中国的,视野是国际的。“法治实践学派”立足于三大法学流派又试图对三者进行超越和创新,倡导将统计学、经济学、社会学及自然科学、其他社会科学方法,尤其是社会调查法和数理统计法引入研究之中,对法学进行定量分析。该学派在推动法治建设指标体系(法治指数)研究与实践的过程中所应用的这种量化研究方法,对传统定性研究进行了有效补充。^⑦“与定性分析相比,定量分析的优势在于相对标准、简洁、客观,有助于快速澄清定性争论的症结所在,也有助于直观展示定性分析的盲点。”^⑧这一方法的普遍运用有利于归纳分析隐含在大量事件、定性信息背后的可量化的事实及其构成的数量关系,在系统化数据支撑的条件下,可以对相关变量的未来值进行有条件的预测,进而把定量问题在新的层面上转化成定性问题,找到统计数字的经验对应物 and 理论含义,^⑨使研究者和决策者可以从定性和定量的关系链中把握和认识法治建设系统,为法律制度创新与法治体系精确化建构提供“数目字管理”支撑,使法学理论更具实践性、精确性和客观性。其次,“法治实践学派”推崇以地方法治试验为载体,以实践法治“问题导向”为指引,注重在与政府、社会协同互动过程中进行法治的实验、探索、建言和建设,如余杭法治指数、司法透明指数等正是其典型例证。这种方法可以使法学研究不仅停留在对已有经验的解释分析上,而可以通过在基层进行创新性的实验探索,从新经验、新模式中寻找法治建设的新思路,催生法治实践的内生性创新,助推“法治中国”渐进有序建设。

(四)国际话语维度:中国特色法治评估体系话语表达的新声音

二十世纪八十年代以来,随着经济全球化迅猛推进,以美国为首的西方发达国家利用经济、科技、金融、军事超强占优的条件,罔顾人类社会文化多元性、发展模式多样化的客观基础及其发展趋势,将其少数国家的价值标准作为全人类应当共同遵守的“普世价值”,宣称“普世价值”及其背后的资本主义制度是所有国家和地区走向文明的唯一选择,以“历史终结论”的意识形态为思想武器,以“法律移植运动”为契机,试图将其价值体系的衍生品——“西方法治”推广到全世界,为世界量身定制一整套符合西方利益的法治价值坐标和法治话语体系。在其政治制度输出与“法律移植运动”失效之后,一些以西方法治价值为基本遵循的国际组织又意图设计一套普遍适用的法治指数,对世界各国的法治状况进行测量和评判,试图从主体性的“自我”视角界定“他者”^⑩为“法治成功国家”抑或“法治失败国家”。这种法治评估运动有其特定的社会物质根源。单就其本质尤其是相对发展中国家而言,它是法治话语“霸权主义”、“后殖民主义”在大数据时代的典型表征。

“法律图景与主权、国家自我表现、民族自决、国家声誉以及民族自尊存在着特殊关系。”^⑪法治作为全球治理及民族国家治国理政的基本方式,其定义权、对各种国际标准和游戏规则制订权以及对是非曲直的评议权、裁判权在国际法视域范围内是关涉主权国家的核心利益。法治评估的国际话语权竞争,其实质是关于“运用什么样的法治资源、走什么样的法治道路、实现什么样的法治治理目标”的竞争。如果一国丧失对法治评估规则、标准的自主权和话语权,将会沦为“法治意识形态”新的“被殖民者”。当前西方法治评估体系在中

^③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第5页。

^④ 邓小平:《中国法学向何处去》,商务印书馆2006年版,第3页。

^⑤ 参见钱弘道主编:《中国法治实践学派》,法律出版社2014年5月版。

^⑥ 参见鲁楠:《世界法治指数的缘起与流变》,载《环球法律评论》2014年第4期。

^⑦ 吴元元:《信息能力与压力型立法》,载《中国社会科学》2010年第1期。

^⑧ 参见白建军:《论法律实证分析》,载《中国法学》2000年第4期。

^⑨ 巴特·穆尔-吉尔伯特:《后殖民理论:语境、实践、政治》,陈仲丹(译),张一兵、周宪、周晓虹(编),南京大学出版社2007年版,第202—218页。

^⑩ [美]弗雷德里克·绍尔:《法律移植的政治学与动机》,彭小龙译,转引自顾培东:《当代中国法治话语体系的构建》,载《中国法学》2012年第3期。

国具有“模本”和“参照系”的作用,其一方面唤起了我国法治建设指标体系建构的“主体性”自觉,开启了中国法治评估话语体系自主探索之路,这是值得肯定的。另一方面,发达国家借助其经济、政治、文化、学术优势,垄断国际法治评估的定义权与设置权,加之有的国人缺乏“自我意识”,“盲视”具有重大理论价值和社会意义的“本土资源”,言必称所谓“普适性法治指数”,难以摆脱西方发达国家所主导的“现代化范式”支配,对事关主权国家核心利益维护的法治建设指标体系构建缺乏理论自信和创新自觉,这是值得反思的。再一方面,当前国内法治评估制度设计与实践的区域阻隔、行业“自闭”、部门“孤岛”,使得法治评估体系与评估标准呈现“条块分割”的复杂网格现象。在这种网格内,由于地方决策者的治理偏好与治理能力的差异,使得区域型、行业型的法治评估试验衍生出模式各异、内容各异、标准不一等面相,并且衍生出与“法治中国”建设统一性、标准性、规范性相冲突的“地方利益至上”、“部门利益中心主义”等等偏差,以致阻碍“法治中国”建设的进程,否定“法治中国”建设的统一性、整体性、普遍性及权威性,^④这是值得警醒的。还有一方面,由于狭隘的地方、区域的指标体系与评估缺乏可比性、交流性和统合性,在国际话语体系竞争层面难以凝聚中国法治评估的“话语力量”、不能同国际组织的法治评估平起平坐、平等对话、竞争比较,导致法治评估的“中国立场”、“中国话语”、“中国表达”相对缺位。因此加快推进中国特色法治建设指标体系的建立,既要尽快摆脱对外来学术的“学徒状态”,^⑤真正成为“法治中国”建设指标体系的自主决策者、制定主导者与有序组织实施者,形成具有“中国特色”、“中国风格”和“中国气派”的现代法治评估体系,加快进入参与国际治理法治化评估规则制定、解释、评议的行列,谋求在国际法治评估话语体系中的表达权、传播权、设置权等自主性权力;又要通过建立和推广法治建设指标体系的“中国版”,也有利于将“法治中国”建设的历史性实践以“民族的语言”推向世界,打破西方法治理念、机制、模式在国际层面的垄断状态,打破发展中国家在法治建设领域集体失语的不正常状况,把“法治中国”建设的理论、价值、理念、议题、政策、主张推广到全球治理与法治建设国际话语体系等领域,在增强经济社会发展“硬实力”的同时,增强“法治中国”建设的“软实力”和“巧实力”。

Abstract: As an "auxiliary means" of building the rule of law system with Chinese characteristics, it is not only a dynamic reflection of the "evaluation of the international rule of law" in the context of the rule of law in China, but also more of its growth in the Chinese specific economic and political system, the rule of law culture and other social material resources. It is embedded in its country under the rule of law system, and showing the characteristics of the target is expected to determine the value of the orientation of democracy, incentive and constraint correction. Through the whole process of the "rule by law" construction and results of measurement, assessment, early warning, correction, etc, the goal of design and implementation is realization of the expected goal of the rule of law, innovation of the legal enforcement mechanism of its driving law, boosting the level of "good governance" in Chinese style, the growth of new breeds of Chinese law academic schools, give birth to the formation of discourse system of rule of law evaluation with China's characters and other irreplaceable values. It becomes the growth point which serves the "post-modern country" rule of law construction "catch-up strategy". To be a complete set of scientific assessment tools to protect the speed-up construction and efficient implementation of the latter countries' legal systems.

Key Word: Index System of the Rule of Law; Rule of Law in China; Characteristics; Function

(责任编辑:徐亚文)

^④ 侯学宾、姚建宗:《中国法治指数设计的思想维度》,载《法律科学》2013年第5期。

^⑤ 吴晓明:《论当代中国学术话语体系的自主建构》,载《中国社会科学》2011年第2期。

社会治理法治建设指标体系的设计、内容及其评估

徐汉明 张新平

(中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心 湖北武汉 430073)

内容提要: 科学完备的社会治理法治建设指标体系的设计和评估,是法治建设的重要内容。其体系的设计既要坚持全面与特色相结合、客观与主观相结合、科学与简便相结合、实用性与适用性相结合、可计量与可比较相结合等基本原则,又需考虑指标体系所应包括的内容及框架体系和各个单项指标的含义、口径及计算方法。指标体系的内容包括党委领导和推进社会治理法治建设、人大加强社会治理法立法和监督、政府主导社会治理法治建设、司法机关维护社会治理公平正义、社会组织自治和参与合作共治、公众有序参与社会治理法治建设等多维指标。社会治理法治建设评估的适时开展,既是社会治理法实施的基本要求,又是加快推进社会治理体系和治理能力现代化的重要途径。

关键词: 社会治理 指标体系 法治 评估

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.06.004

法治是国家治理的基本形式,社会治理是国家治理的重要内容。^①党的十八大以来,以习近平为总书记的党中央更加强调依法执政、依法治国、依法行政、依法治理社会共同推进,明确国家按照经济、政治、文化、社会和生态文明

“五位一体”的总体布局,推进法治国家、法治政府、法治社会一体建设,描绘加快推进法治社会建设的新愿景、新蓝图。党的十八届三中全会开创性地作出“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”的部署,将法治建设指标体系

作者简介: 徐汉明(1951—),男,汉族,湖北鄂州人,中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心主任暨湖北法治发展战略研究院院长、二级教授、博士生导师,中国法学会法治研究基地负责人,教育部社会治理法治建设创新团队首席专家。

张新平(1988—),男,汉族,湖北十堰人,中南财经政法大学博士研究生,中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心研究人员。

本文为国家法治与法学理论研究重点课题“社会治理法治研究”(14SFB1001)的阶段性成果,中南财经政法大学博士科研创新重点项目“公众参与社会治理的法治化理论建构与进路探微”(2015BZ0602)的阶段性成果。

^① 徐汉明、张新平:《提高社会治理法治化水平》,载《人民日报(理论版)》2015年11月23日第7版。

正式纳入法治中国建设和全面深化改革的目标规划;^②党的十八届四中全会提出“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容、纳入政绩考核指标体系”的要求,将其作为全面推进依法治国的重要任务,^③我国量化法治开始从理论向制度设计乃至实施迈进。这一系列重大战略部署激发了民众对“法治中国”的期待,也掀起了学术界对“法治中国”进行学理研究的热潮。全面建设“法治中国”,提高社会治理法治化水平,必将有效推进国家治理体系和治理能力现代化。

我国法学界有关法治发展的研究,主要采用二元分析范式,即从人治到法治,^④从法制到法治,从以法治国到依法治国,^⑤从法治政府到法治国家,从民主法治到民生法治。^⑥这些在不同时期形成的二元理论范式,既展现了中国法治发展过程和路径的阶段性与渐进性,也反映了不同时期法学理论的研究转向和研究重心。这些研究主要着眼于中国法治理论建构的统一性和完整性,有助于从整体上推进“法治中国”的进程。然而这类法治观所内含的一体化和无差异化的法治建构论,忽视了法治的实践性和场域的多样性,使得法治的实践与理论貌合神离。^⑦笔者试图在法治研究理论与实践相结合的分析模式上,把法治内核类型化为理论构建和实践评估,并以社会治理法治化为中

心,试图破解法治研究实践中社会治理法治建设指标体系及其评估难题,探索构建科学完备的法治社会建设量化系统,提高社会治理法治化水平,进而助推法治国家、法治政府、法治社会一体建设,促进国家治理体系治理能力现代化。

一、社会治理法治建设指标体系的内涵与外延

20世纪中后期,国际社会对法治和治理领域这一问题的深入思考和法学实证研究范式的兴起引发了“法治指数化”运动。^⑧在经济全球化浪潮的冲击与大数据时代的挑战下,我国也开始了“法治评估”的实践探索。^⑨近年来,更是出现了一场以“法治评估”为主题的有关法治模式、法治与善治、实施机制、评估范式的多学科、多领域基础理论研究的“法治思想风暴”。^⑩党的十八届三中、四中全会先后对“社会治理”“法治社会建设”“法治建设指标体系”等作出部署,开启了我国法治研究中“量化法治”从理论向制度设计乃至实施层面的迈进。治理体系法治化是治理体系和治理能力现代化的核心要求,^⑪研究和探讨社会治理法治建设指标体系、考核标准等评估的理论与实践,亟待厘清社会治理法治建设指标体系及其评估理论的内涵与外延。

② 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》2013年11月12日。

③ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》2014年10月23日。

④ 中国共产党十一届三中全会明确了社会主义法制建设的基本要求。

⑤ 中国共产党十一届三中全会后至党的十五大逐步确立“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,并得到宪法的确认。

⑥ 中国共产党十六大和十七大期间,党和国家逐渐拓展和推进法治进程:从政府层面的法治建设,转向社会层面的法治建设;从国家民主层面的法治建设,转向社会领域的民生建设,引发“民生法治”等问题的研究。参见付子堂、常安《民生法治论》,载《中国法学》2009年第6期。

⑦ 付子堂、张善根《地方法治建设及其评估机制探析》,载《中国社会科学》2014年第11期。

⑧ 钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

⑨ 2005年,香港地区法治指数出台,开启我国量化法治实践先河。两年后,浙江省杭州市余杭区也着手探索法治指数构建之路。此后,北京、上海、江苏、湖北、深圳、温州、昆明等地都走上构建符合本地实际的法治指标体系新型模式的探索之路。

⑩ 钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

⑪ 莫纪宏《国家治理体系和治理能力现代化与法治化》,载《法学杂志》2014年第4期。

(一) 社会治理法治建设指标体系的内涵

“指标”一词来源于拉丁语的“indicate”，是一个反映客观事物总体数量特征的概念，由指标名称和指标数值两个部分构成，分别表现所研究客观事物科学概念质的规定性和客观事物数量特征量的规定性。^⑫ 一项科学规范且具有公正、公开与公平性的指标设计须具有明确(Specific)清晰的定义，可用定性或定量的方法衡量(Measurable)，具有评估资源的可获取性和可达性(Attainable)，使在一定的时间段内对评估所涉的相关问题(Relevant)及其变化有一定的敏感性和实效性(Time-bound)等特征。^⑬ 法治建设指标体系是一种特殊的社会指标体系，是指以反映法律制度本体及其相关各类要素运行状况的结构质的规定性与量的规定性有机统一为表征，用以判断评价经济、政治、文化、社会、生态文明法治化进程的一种计量、评价逻辑结构系统。^⑭ 我国法治建设指标体系与西方法治指数、国内现有的法治指数(指标体系)都同属于“量化法治”衍生的理论范式与实践模式，是以量化的方式科学全面界定、测度、评判一个国家或地区某一时段内法治水平和发展状况的评价模式，具有目标预期的确定性、价值取向的主体性、调整机制的约束性、矫治功能的有效性、适用范围的普遍性、评价结果的可比较性等独特特征。^⑮

社会治理法治建设指标是通过指标名称和指标数值，具体反映描述一个国家或地区某一时段内社会治理法治建设某一目标单位在数量、质量、类别、状态、等级、程度等方面特性及综合变动状况的量化评估系统，是一个体现社会法治法律制度本体及运行状况质的规定性定性评价与量的规定性定量评价的范畴。社会治理法治建设指标体系是社会治理法治建设指标

的上位概念，其内含了所有单一的社会治理法治建设指标，并将其按属性、特征、标识分解为具有涵盖性、可操作性的指标结构，使之整合成为一个相互联系、相互依存、相互影响且具有特定功能的量化系统。具体而言，它是由评估主体以社会治理法治建设指标体系的实施向度为坐标系，依托若干系统科学、分层分类、结构严密的量化指标，通过职能层级组织系统与第三方力量有机结合，对一个国家或地区某一时段内社会治理法治的实施成效进行全面客观公正地测度、评价及预警的量化评价系统，具有动态性、综合性、系统性等特点。

(二) 社会治理法治建设指标体系、考核标准及其评估

所谓社会治理法治建设评估是公权力机关、社会组织、专业机构及公众等评估主体，依据一定的标准和程序，对社会治理法治建设的状况进行测度、评价、预警，对背离社会治理法治建设轨道的行为和现象提出矫正意见的专门性评价活动。

社会治理法治建设指标体系和考核标准是社会治理法治建设评估的两大要素，体现了评估功能及其价值，是构建科学完备社会治理法治建设评估系统的基础。所谓指标体系是指对一个地区、一定时期内社会治理法治建设状况进行测度评估的“内容”“指数”。其强调是从“哪些方面”对社会治理法治建设状况进行检测评价，解决的是“评估什么”的问题，总体上呈现宏观性、整体性和系统性的特征，体现社会治理法治建设的预期目标、发展尺度和运行状况。考核标准则是社会治理法治建设通过“定性”“定量”测度与分析。其强调的是评估对象在社会治理法治建设运行状况、经验与不足，提

⑫ 《现代管理词典》辽宁人民出版社1987年版。

⑬ 一项科学规范指标应该具有与“SMART”原则一直的特征，即：Specific(明确的)、Measurable(可测量的)、Achievable(可达到的)、Relevant(相关的)、Time-bound(时间范围)。

⑭ 徐汉明、林必恒、张孜仪《论法治建设指标体系和考核标准的科学构建》载《法制与社会发展》2014年第1期。

⑮ 徐汉明、林必恒、张孜仪《论法治建设指标体系和考核标准的科学构建》载《法制与社会发展》2014年第1期。

出评估意见以及矫治建议,发挥评估主体“诊断师”“边裁员”的作用。

二、社会治理法治建设指标体系设计的基本原则与方法

(一) 社会治理法治建设指标体系设计的基本原则

1. 全面与特色相结合原则。社会治理法治建设指标体系涉及政府治理社会、社会自治、政府与社会合作共治、公共服务、社会矛盾预防化解、公共安全等多个方面,内容丰富,涉及面广。^{①⑥}因此,设计指标体系既需要使其能评价执政党、立法机关、政府、司法机关在处理社会事务、开展公共服务、预防化解社会矛盾、保障公共安全等社会治理活动中的法治化水平,也需要其能评价政府与社会公众合作共治和社会组织、公民的自治法治化状况;既能全面客观评价保障人权、维护公平正义方面的发展进程,又能全面客观评价保障民生、增进社会福祉方面的法治成效。

2. 客观与主观相结合原则。社会治理法治建设指标体系一般包含客观指标和主观指标。客观指标是用来反映所评价社会治理法治建设现象的客观存在事物及其状况的指标,^{①⑦}通常表现为对社会治理评估对象依照一定的职权(能),遵循一定的程序,行使一定的权力(利),履行一定的义务所形成的过程、结果、状态(事件或法律事实),按照社会治理法治建设指标进行考核评价所形成的结果(结论)。主观指标是指人们对社会治理法治建设现象的主观感觉指标,通常表现为人们的心理状态、情结、愿望和满意程度等。^{①⑧}社会治理法治建设指标体系的设计既应使社会公众对社会治理法治建设进程状况作出客观评价,具有客观依据性;又应引导社会公众自觉参与评估体系建设,反映社

会心理对社会治理法治建设的认知度、满意度与支持度,具有主观认知对客观现象的能动反映性,从而实现二者的有机统一。

3. 科学与简便相结合原则。社会治理法治建设指标设计应在合理的理论依据指导下,根据评估的实际需求选取指标,确保指标体系能科学地反映社会治理法治建设的现状和水平。同时,在众多合理指标中,应当力求选取能全面和准确反映社会治理法治建设实际状况和真实水平的代表性指标,在指标数量上做到少而精。

4. 实用性与适用性相结合原则。设计社会治理法治建设指标体系,首先,应从现实条件出发,使信息易于获取(能够从日常工作中获取),降低信息收集成本。其次,应注意将指标设计与评估方法有机结合,提出该指标评估的标准及其测量方法。再次,应在实践中不断完善指标体系,重点是改善指标的品质(指标之间独立,人为因素影响最小),权重的品质(各指标的权重系数符合实际),测量的品质(测量方法与测量对象一致),使社会治理法治建设指标体系体现完整性,符合评估对象的客观实际,做到实用与适用有机统一。

5. 可计量与可比较相结合原则。在社会治理法治建设指标体系可计量、可操作的基础上,整个指标体系的设置要尽可能做到能在同一时期内对不同地区的社会治理法治建设状况进行比较,并能够对社会治理法治发展状况进行排序,进而达到评价预期,促进阶段发展与整体推进同步协调,做到可计量与可比较的协调一致。

(二) 社会治理法治建设指标体系的设计方法

1. 明确和细化社会治理法治建设的目标规划。目标要素的择定是指标体系设计的逻辑起

^{①⑥} 参见徐汉明《论现代社会治理法的法律地位——社会治理法应当是独立的法律部门》,载《社会科学家》2015年第9期。

^{①⑦} 王称心、蒋立山《现代法治城市评价:北京市法治建设状况综合评价指标体系研究》,知识产权出版社2008年版,第31页。

^{①⑧} 参见王称心、蒋立山《现代法治城市评价:北京市法治建设状况综合评价指标体系研究》,知识产权出版社2008年版,第35页。

点。目标要素的提取并不是纯思想抽象的理论假设,而是根据评估目的、层次、对象、社会需求和决策者制度设计的“问题意识”提出的前提性设想。在目标要素选取上,一方面应以国家关于推进社会治理法治建设的顶层规划设计为目标导引和核心依据,使指标体系结构内容与国家设定的目标任务在形式与内容层面保持高度契合,以达到从形式与内容、过程与结果维度有力推进目标落实的实际功效,做到“纲举目张”。同时,社会治理法治建设的发展规划往往是宏观层面的目标,带有原则性和方向性,因此指标设计需要对社会治理战略目标和发展规划予以分类细化,明确其内涵与外延。

2. 分类设计各级指标。指标设计应按照“宏观→中观→微观”的分类方法逐级进行。首先,目标确定后可根据其目标细化的结果设置相应一级宏观指标,进而在一级指标下设置全面的衡量维度作为二级中观指标,最后分设易测量或量化的三级微观指标。一个科学的社会治理法治建设指标体系具有整体完备性与有机互斥性的高度协调统一特点。整体完备性要求各个指标的集合能完整地、多角度地、系统地对评估对象进行评价,任何对社会治理法治建设评估事项的遗漏都将大大降低评估的功效;有机互斥性要求各个指标之间不得互相包含,即评估对象的各项取值互不兼容,任何对同一因素的不同表现方式的重复衡量计算都将使指标体系丧失科学性和可靠性。

3. 科学设定关键绩效(KPI)指标。指标设计应防止碎片化,指标过于繁琐和细化,不仅会增大评估成本,降低评估效率,还会助长弄虚作假的风气,滋生因评估指标过多过细而临时炮制表格和文件的现象。因此,可采用关键绩效(KPI)指标设计法,弄清对社会治理法治建设目标能起到关键作用的指标,把握其与社会治理法治建设战略和规划之间的关联性和影响度。在不损害指标体系完整性的前提下,尽可能采用删除、合并或列入附加项目的方法,减少不必要指标,使指标体系清晰简化又不失完整。

4. 确定具体指标的名称、含义和口径范围。

具体指标设计应考量其在整个指标体系中的地位 and 作用,依据其反映特定对象的性质和特征,确定具体指标的名称、含义和口径范围。若反映一个社会治理对象和现象有多种指标可供选择,则须考量不同社会治理活动的目的和要求,特别是对涉及社会治理法治建设战略导向的考量。

5. 构建多层次社会治理法治建设指标。除了总体指标设计外,还需设计职能部门和履职人员的相关指标,尽可能形成组织整体指标与责任单元(领导班子、领导干部、工作人员)指标挂钩,绩效考核责任到人。“关键少数”对整个地区和部门社会治理法治建设的主体责任落实到位,从而保证中央层面的社会治理法治建设目标任务在基层得到统一有效执行,建构起一套“纵到底、横到边”的分层化、类型化、系统化的指标体系。

三、社会治理法治建设指标体系的基本内容

社会治理法治建设指标体系是评估社会治理法治建设成效的依据,具有可测度、可操作、可量化等特点。基本内容包括党委领导和推进社会治理法治建设,人大加强社会治理立法和监督,政府主导社会治理法治建设,司法机关维护社会治理公平正义,社会组织自治和参与合作共治,公众有序参与社会治理法治建设等。从指标体系透视,社会治理法治建设指标体系涵盖6个一级指标。

(一) 党委领导和推进社会治理法治建设指标

“党委领导和推进社会治理法治建设指标体系”一级指标涵盖6个二级指标及31个三级指标,其基本要求是对党组织在社会治理法治建设中总揽全局、全面筹划、兼顾各方、协调发展,全面推进社会治理法治建设的状况进行客观评价。

1. 测度“党委在领导社会治理法治建设中大力培育‘以人为本、法治社会’意识”状况的指标。其包括4个三级指标,即:党委(组)每年应定期开展社会治理法治理论与实践专题学

习(讲座);领导干部社会治理法律知识培训纳入党校和行政学院培训规划;定期开展法治社会建设专家巡回报告会、社会治理法学研究论坛等活动;领导干部每年集中法律知识学习(上岗、易岗、任职前培训)中有社会治理法的内容。

2. 测度“党内社会治理规章体系建设、审查批准备案规范”状况的指标。其包括3个三级指标,即:党内有关社会治理内容的规章体系建设健全;党内有关社会治理内容的规章与法律法规衔接审查、批准、备案工作规范;党领导和推进社会治理法治建设的能力和水平明显提高。

3. 测度“党的社会治理决策、实施与监督程序健全和完善”状况的指标。其包括7个三级指标,即:党委(组)关于社会治理内容的议事规则、重大决策、实施与监督程序制度健全,运行规范;党委(组)社会治理重大决策的合法性审查和社会稳定风险评估制度完善;党委(组)对不合法的社会治理决策事项的修改完善或撤销机制建立健全;重大社会治理事项全委会票决制建立健全;把社会治理法治建设成效作为衡量地方、领导班子和领导干部实绩、纳入政绩考核指标体系建立健全;把在社会治理活动中能否遵守法律、能否依法办事作为考核干部重要内容,相同条件下优先选拔使用法律素养好、依法办事能力强干部的制度和程序建立健全;党政领导干部社会治理法治建设主体责任制建立健全,考评考核落实到位。

4. 测度“党领导社会治理的制约和监督体系建立健全”状况的指标。其包括6个三级指标,即:党委(组)社会治理主题例会、表决制度建立健全;对担负社会治理职责领导干部的考核、评价、选拔、任用机制健全完善,选拔程序规范,公信度提高;党委定期举行社会治理重大问题和决定事项新闻发布或者坚持对重大社会治理问题和决定事项新闻发布的制度建立健全;党组织担负社会治理职责领导干部述职、述廉与述法相结合的综合考评制度建立健全,落实到位;党组织、党员遵守社会治理法律法规和党内关于社会治理内容的规章制度情况检查考评落实到位;社会治理事务公开专项巡视工作制度健

全,规范开展。

5. 测度“加强党对人大社会治理立法工作的领导”状况的指标。其包括5个三级指标,即:党对社会治理立法工作领导的体制机制建立健全;党对社会治理立法工作重大问题的决策程序规范;地方性立法涉及重大社会治理体制和政策调整,报同级党委或层报省级党委直至中央决定的制度健全,程序规范;有地方性立法权的人大常委会党组向同级党委直至省级党委报告地方性社会治理法规制订和修改等重大问题的制度健全,程序规范;党委审定人大党组提出的地方性社会治理立法规划与计划、讨论重要法规、规范性文件草案制度建立健全,程序规范。

6. 测度“坚持和完善党对政治协商、民族区域自治、基层民主政治的领导”状况的指标。其包括6个三级指标,即:开展界别协商、对口协商、专题协商和提案办理协商社会治理事务渠道畅通,机制完善,党委向民主党派、工商联、无党派人士通报社会治理情况的制度建立健全;支持民族地区社会治理法治建设的规划和立法计划明确,举措有力;涉及民族因素的社会治理突发事件依法协调处理机制健全完善;支持民族地区社会治理法实施的评估体系完善,监督机制健全,考核制度落实;加强和改善党对工会、共青团、妇联、职代会、业主委员会工作领导,成效明显;推进村(居)民委员会依法自我管理、自我教育、自我服务制度建立健全,成效明显。

(二) 人大加强社会治理立法和监督指标

“人大加强社会治理立法和监督指标体系”一级指标涵盖4个二级指标及16个三级指标,其基本要求是对人大全面推进社会治理法规的制定及其实施的监督进行客观评价。

1. 测度“人大推进社会治理依法、科学、民主立法”状况的指标。其包括5个三级指标,即:社会治理法立法纳入法治体系中长期发展规划明确;向社会公开征集社会治理立法项目制度建立健全,网络、信函、口头、当面等征求意见渠道畅通,听取与反馈机制健全完善;有关国家机关、社会团体、专家学者等对社会治理法立法中涉及重大利益调整论证咨询机制建立健

全;委托第三方起草和立法机构、智库机构、专家联合起草社会治理法立法工作机制建立健全;社会治理法“立、改、废”机制健全,立法表决和后评估机制建立健全。2.测度“加强对社会治理主体有序开展社会治理活动的立法”状况的指标。其包括4个三级指标,即:推动政府管理社会治理事务和提供公共服务等立法建设有力,发挥政府主导社会治理作用的立法规划明确,成效明显;推动社会组织自治的立法有力,成效明显;推动公众参与社会治理的立法有力,成效明显;注重鼓励支持社会各方面参与,推动政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动内容的立法建设成效明显。3.测度“加强社会治理重点领域立法”状况的指标。其包括4个三级指标,即:围绕社会公共服务保障的立法规划明确,年度计划实施到位;围绕社会矛盾预防化解的立法规划明确,年度计划实施到位;围绕公共安全保障的立法规划明确,年度计划实施到位;围绕其他社会治理事务有序协调的立法规划明确,年度计划实施到位。4.测度“健全社会治理立法实施和监督机制”状况的指标。其包括3个三级指标,定期实施“一府两院”审查社会治理法实施监督机制健全;定期开展社会治理法实施领域重大事项、重大问题、重大突发事件视察、执法检查、特别调查及咨询监督制度健全,成效明显;依法提请全国人大及其常委会撤销和纠正违宪的社会治理法规范性文件的制度健全,程序规范。

(三) 政府主导社会治理法治建设指标

“政府主导社会治理法治建设指标体系”一级指标涵盖6个二级指标及45个三级指标,其基本要求是对政府治理社会的主导作用充分发挥、政府治理社会的行为规范、全面推进社会治理的良性互动与合作共治进行客观评价。

1.测度“明确政府主导社会治理职责”状况的指标。其中包括7个三级指标,即:政府、政府部门、直属单位的社会治理机构、职能、权限、程序、责任法定化的制度建立健全;政府、政府部门、直属单位及主要负责人的社会治理权力清单、负面清单和责任清单制度建立健全,权

力界定科学明确,程序规范;地方政府社会治理事权、职责、执行和监督体系完备,制度健全,程序规范;对地方政府社会治理事权设置的审查、纠正、撤销机制建立健全,程序规范;政府每年向同级党委、人大常委会和上一级人民政府专题报告依法治理社会事务情况的制度落实到位;政府部门每年向本级人民政府、上一级对口部门专题报告依法治理社会事务情况的制度落实到位;政府对政府部门及直属单位依法治理社会事务情况的考核制度建立健全。2.测度“提高政府治理社会立法质量”状况的指标。其中包括14个三级指标,即:政府治理社会的中长期立法规划明确,年度立法计划落实到位;政府治理社会的立法项目与上位法协调的审查机制建立健全,无违反上位法事项的发生;政府治理社会的立法调研、起草、征求意见、审议、备案、审查、发布、后评估制度健全;重要社会治理规章由政府法制机构组织起草的制度健全完善;委托第三方起草和政府法制机构、智库机构、专家联合起草相关社会治理立法工作机制建立健全;向社会公开征集政府社会治理立法项目制度建立健全,网络、信函、口头、当面等征求意见渠道畅通,听取与反馈机制健全完善;政府社会治理规章及规范性文件的定期清理、保留、修改、失效、撤销、废止制度健全完善;向下级政府征询政府社会治理立法意见机制健全完善;政府治理社会立法起草征求人大代表意见制度健全完善;发挥政协委员、民主党派、工商联、无党派人士、人民团体、社会组织政府治理社会立法协商作用的体制机制健全完善,程序规范;政府治理社会立法基层联系点制度建立健全;政府治理社会立法座谈会、论证会、听证会制度建立健全;接受社会对政府治理社会立法的询问、质询、特定问题调查、情况说明等运行机制建立健全;政府部门间争议较大的重要政府治理社会立法事项,由决策机关引入第三方评估的机制建立健全。3.测度“建立健全政府提供公共服务保障体系体制”状况的指标,其中包括4个三级指标,即:保障公共教育均等化服务城乡居民平等享有体制建立健全,公共

教育服务均等化提供的治理活动规范依法开展,成效明显;保障公共医疗卫生服务平等享有体制机制建立健全,保障公民医疗、健康、服务平等享有的治理活动规范有序开展,成效明显;保障公共服务平等提供的机制体制建立健全,公民劳动权和就业权平等提供的治理活动规范有序开展,成效明显;社会保障服务平等提供的体制机制健全,保障公民及特殊群体公民平等享有社会保障权利的治理活动规范有序开展,成效明显。

4. 测度“建立健全政府预防化解社会矛盾体制机制”状况的指标,其中包括7个三级指标,即:保障政府行政手段预防化解社会矛盾机制建立健全,政府对社会治理事务的行政裁决、复议和仲裁依法规范进行,成效明显;政府及其职能部门保障人民调解工作的体制机制建立健全,保障人民调解工作的治理活动规范有序,成效明显;政府及其职能部门对村(居)民委员会工作的指导、支持和帮助依法进行,体制机制建立健全,成效明显;政府对民办非盈利企业、行业协会、中介组织、基金会、境外非政府组织的管理、监督和服务规范有序,成效明显;保障信访渠道畅通和信访实效体制机制建立健全,信访工作依法规范有序运行,成效明显;重大社会矛盾和社会问题解决机制体制健全完善,落实到位;社会矛盾化解责任制健全完善,预防化解治理社会问题责任追究机制落实到位。

5. 测度“推进政府保障公共安全体系体制建立健全”状况的指标。其中包括7个三级指标,即:食品、药品安全保障的治理体制机制建立健全,食品、药品、医疗安全保障的治理活动规范有序开展、成效明显,食品、药品、医疗重大责任事故或者突发性、群体性事件有效预防和处置;生产安全保障体系体制建立健全,生产安全保障的治理活动依法规范开展、成效明显,生产安全重大责任事故或者突发性、群体性事件有效预防和处置;环境治理体制机制建立健全,保护大气、水、土壤、植物、动物、微生物等环境治理活动规范有序开展、成效明显,环境资源重大责任事故或者突发性、群体性事件有效预防和处置;预防地震、洪涝、海啸等自然灾害体制

机制建立健全,防灾、减灾、救灾治理活动规范有序开展、成效明显,自然灾害重大责任事故或者突发性、群体性事件有效预防和处置;社会治安保障体制机制建立健全,社会治安保障的治理活动依法规范开展、成效明显,严重暴恐案件、严重暴力犯罪案件明显减少,突发性、群体性事件有效预防和处置;网络信息安全管理体制机制建立健全,网络信息安全保障治理活动规范有序开展,网络严重犯罪明显减少,网络突发性、群体性事件有效预防和处置;国家安全保障体制机制建立健全,国家安全保障治理活动依法规范开展,颠覆、破坏国家统一安全的严重犯罪活动有效预防和处置。

6. 测度“建立健全政府治理社会信息公开体制机制,政社合作、公众参与、合作共治局面形成发展”状况的指标。其中包括6个三级指标,即:政府治理社会事务公开,推进政社合作、公众参与,实现合作共治、良性互动的治理目标明确、成效明显;政府社会治理事务公示公告、新闻发言人制度、全媒体平台运行机制建立健全,政府社会治理信息发布保密审查机制完善;社会治理事务决策公开、执行公开、结果公开的制度健全完善,执行到位;政府及其工作部门依据社会治理权力清单、负面清单、责任清单向社会全面公开政府治理社会的法律依据、实施主体、职责权限、执行流程、监督方式等事项落实到位;政府社会治理的经费、资源运用等重点事项的政府信息全面全部全程公开、规范及时;政府网站、政府公报等公开社会治理事务的平台规范运行。

(四) 司法机关维护社会治理公平正义指标

“司法机关维护社会治理公平正义指标体系”一级指标涵盖5个二级指标及24个三级指标,其基本要求是对司法机关公正司法,严格规范行使司法权,保障人民群众参与司法,加强司法监督,提高社会治理领域司法公信力状况进行客观评价。

1. 测度“确保司法机关对社会治理案件依法独立公正行使司法权”状况的指标。其中包括5个三级指标,即:党的领导机关对政法机关

(审判、检察、公安、国家安全、司法行政机关)涉及社会治理重大问题、重大事项的调研、决策、监督的领导体制机制健全完善;政法机关向党的领导机关报告社会治理重大问题、重大情况制度建立健全;党的领导机关带头依法办事,保障社会治理法正确统一实施的组织体系和运行机制健全完善;领导干部干预司法活动、插手具体社会治理案件处理的记录、通报、责任追究制度建立健全;党的领导机关支持排除干扰有关社会治理领域公正司法的制度建立健全。

2. 测度“严格、公正司法”状况的指标。其中包括3个三级指标,即:处理社会治理案件坚持以事实为根据、以法律为准绳的执法办案制度健全完善;全面贯彻证据裁判规则,依法收集、固定、保存、审查、运用证据,严格依法处理社会治理案件的效果得到保障;社会治理案件办案质量终身负责制和错案责任追究制健全完善,执行到位。3. 测度“保障人民群众参与司法活动”状况的指标。其中包括4个三级指标,即:保障人民群众参与社会治理案件的调解、听证、涉诉信访等司法活动制度健全完善,执行到位;人民陪审员制度健全完善,公民陪审权利保障充分;审判公开、检察公开、警务公开制度及程序健全完善;社会治理案件司法依据、程序、流程、结果和生效法律文书依法及时公开制度健全完善,社会治理案件查询管理规范。4. 测度“加强人权司法保障,增强司法公信力”状况的指标。其中包括6个三级指标,即:保障诉讼过程中社会治理案件当事人和其他诉讼参与人的知情权、陈述权、辩护辩论权、申请权、申诉权的制度执行到位;涉及社会治理的民事案件程序规范、公平公正;涉及社会治理的行政案件程序规范、公平公正;涉及社会治理的刑事案件程序规范、公平公正;有效防范、及时纠正社会治理冤假错案的制度健全完善,执行到位;社会治理案件的司法救助、法律援助制度健全完善,经费保障和管理规范。5. 测度“加强司法监督”状况的指标。其中包括6个三级指标,即:司法机关自觉接受人大及其常委会监督社会治理司法活动的机制健全完善,运行规范;对社会治理案

件的立案监督、侦查活动监督、审判与执行监督机制健全,运行规范,成效明显;对涉及社会治理的司法及司法行政执法活动纪检监察监督机制建立健全,运行规范;对涉及社会治理的司法及司法行政执法活动新闻舆论监督机制建立健全,运行规范;人民陪审员、人民监督员制度健全完善,对社会治理案件的监督成效明显;公民、法人及其他组织对社会治理案件的司法活动监督平台建立,渠道畅通。

(五) 社会组织自治和参与合作共治指标

“社会组织自治和参与合作共治指标体系”一级指标涵盖2个二级指标及13个三级指标,其基本要求是对社会组织依法自治、参与政协合作的体制机制健全完善,社会活力增强,自治秩序良好状况进行客观评价。

1. 测度“社会组织自治体制机制建立健全”状况的指标。其中包括3个三级指标,即:社会组织自治体制机制建立健全,与党委领导、政府负责、社会组织协同、社区参与、公众支持的社会治理体制框架相吻合,自治权利和责任制落实到位;社会组织自治的中长期规划明确,年度计划落实到位;城乡居民社区“一本三化”(以人为本、网格化、信息化、服务均等化)的社会组织自治服务平台建立健全,运行规范。2. 测度“社会组织依法自治与管理健全完善”状况的指标。其中包括10个三级指标,即:村(居)民委员会自治制度健全完善,自治活动开展成效明显;乡镇(街道)政府行政管理与基层社区自治有效衔接机制健全完善,成效明显;政府监管机关对社会组织分类管理、登记、监督制度建立健全;各类社会组织参与社会治理的责任机制建立健全;政府培养、扶持社会组织依法自治的体制机制建立健全;志愿者组织服务管理规范建立健全;宗教团体、行业协会、寺庙、娱乐场所依法依规管理规范,重大突发事件应急处置机制建立健全;监管机关对境外人员入境从业、讲学、从学、旅游、过境的管理体制机制建立健全;村(居)民委员会综合服务中心与综治维稳中心衔接机制建立健全;推进村(居)民组织民主自治制度建设有力,监督开展活动成效

明显。

(六) 公众有序参与社会治理法治建设指标

“公众有序参与社会治理法治建设指标”一级指标涵盖4个二级指标及9个三级指标,其基本要求是对全民社会治理法治意识,自觉学习、遵守社会治理法律制度,公众高度自觉有序参与社会治理法治建设状况进行客观评价。

1. 测度“深入开展社会治理法治宣传教育”状况的指标。其中包括4个三级指标,即:“源头普法工程”建设规划涵盖社会治理法内容详实,社会治理法治宣传推进落实成效明显;涵盖社会治理法内容的宪法法律“六进”活动(进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业、进单位)措施有力,效果明显;全媒体(平面、影视、网络)社会治理法治宣传形成合力,运行到位;社会治理法治文化阵地建设健全完善,支持阵地建设、产品创作与推广的机制建立健全。
2. 测度“公众参与治理规范与国家法律有序衔接”状况的指标。其三级指标是公众参与社会治理的社会规范同法律法规有序衔接,引导、支持、规范、完善社会治理规范的体制机制建立健全。
3. 测度“公众参与社会治理活动机制健全,自觉性提高”状况的指标。其中包括3个三级指标,即:公众参与社会组织自治、基层社区治理与法治(省、市、县、区)创建活动的机制建立健全;公众参与法治社会建设的积极性明显提高,公民、法人及其他组织“办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法”的良好习惯养成;抽样考核辖区千分之一人口尊重、维护、遵守和依据社会治理法办事的状况达到规定要求。
4. 测度“第三方参与社会治理的评估机制健全规范”状况的指标。其三级指标是独立的第三方参与社会治理法治建设评估的机制建立健全。

四、社会治理法治建设的评估

社会治理法治建设的评估是一个有计划、有步骤的社会治理法治建设实践活动,应按照一定的顺序进行,否则无法达到预期效果。依据评估的不同类型,评估过程(步骤)的差别

性,评估活动可以分为目标规划、实施、总结等阶段。

(一) 目标规划

目标规划是社会治理法治建设评估的起点,也是评估工作顺利进行的重要前提条件。主要任务有:

1. 选择评估目标与实施者。一般说来,指标体系和考核标准的目标推进与实施者可是执政党的层级组织、政府,或是独立的第三方,也可是执政党层级组织、政府职能部门与独立第三方共同组成的协同团队。社会治理法治建设评估既是这项建设活动的行动进程,也是理论创新、制度创新的综合性活动。由于独立第三方具有扎实的理论知识体系、研究基础和评估技术,且相对客观中立;执政党层级组织、政府职能部门身处工作第一线,对于社会治理法治建设的实践情况最为了解,也较为清楚何种指标可以准确全面地反映工作实际以及在指标体系设计和运用过程中会遇到何种困难。因此,由执政党层级组织、政府职能部门与独立第三方共同组成的协同团队可以扬长避短,三者共同推进和实施的评估相对而言更为客观中立,也更具实用性。

2. 确定评估对象。确定社会治理法治建设评估对象是回答“评估什么”的问题,因而必须根据理论研究和实际工作的需要,遵循可行性与有效性原则,选择社会治理法治建设评估的对象应具有实然性和应然性。同时,评估主体不仅要确定具体评估内容,还要确定评估的时间、场域等具体范畴,以达到评估目的与评估效率的有机统一。

3. 制定评估方案。规划设计制定评估方案直接关系到评估质量的高低和评估效果的好坏。设计者制定评估方案需要注意把握相关环节,即:第一,社会治理法治建设评估的对象清晰明了。第二,评估的目的、内容和要求明确。第三,评估的类型、标准和方法易于识别、选择。第四,根据评估的目的、内容和范围提出合理设想,并进行指标体系和考核标准的设计。第五,设计完成的指标体系和考核标准应进行统计审

查,从信用度、协调性、稳健性等方面进行审视权衡,^①以验证指标设计的科学性,提供修改反馈意见,持续改进评估质量,增强评估公信力。

(二) 评估实施

评估实施是整个评估活动中最为重要的部分,需要运用具体的调查方法和评估手段来体现。一般而言,评估实施的主要任务和操作步骤包括:

1. 全面收集社会治理法律制度制定、执行、遵守、适用和效果等方面的信息。评估实施的首要环节是全面收集有关评估对象的各种信息,掌握更多的原始材料,尽可能做到系统、准确、可靠。其信息收集可由执政党层级组织、政府职能部门自行收集,也可委托第三方民意调查机构进行收集;收集的信息可以是主观感受,也可以是客观事实;可以是精确的数据,也可以是较为抽象的观点评价。在实践中,信息收集的常用方法有:现场观察、公众调查问卷(General Population Poll, GPP)、专家问卷(Qualified Respondents' Questionnaires, QRQ)、资料查阅、个案分析、实验研究、延伸调查等。如“世界正义工程”法治指数采用了自行采集第一手数据的方法,分别向公众和专家两大群体收集数据信息。就公众群体而言,“世界正义工程”采用公众调查问卷方法,委托各个国家权威民意调查机构,由其在该国三个最大的城市随机抽样1000人左右,通过电话调查(CATI)、面对面

调查(Face-to-face, F2F)和在线调查(ON-LINE)三种方式匿名进行。^②就专家群体而言,“世界正义工程”还制定了涉及民商法、刑事司法、劳动法、公共卫生四种不同领域的专业问卷,其调查由指数组直接实施,被调查的专家来自律师事务所、大学、研究机构、医院、非政府组织,但不包括现任政府官员、法官和检察官。^③社会治理法治建设评估信息的收集有其自身的特点。当前,在我国一些省市地区社会治理法治建设评估实践过程中,可以统计数据、工作台账、文档记录等客观资料为主,辅之问卷调查、抽样调查、暗访等途径获取信息和材料,作为评估社会治理法治建设的依据。

2. 对收集信息进行汇总、分类和处理。根据评估要求对社会治理法治建设信息进行精细化处理,从原则上需重点把握:一是客观性,防止信息失真。二是完整性,保证信息要素齐全、结构完善。三是代表性,收集整理的信息需体现社会治理法治建设的平均水平或公众的主流判断。在数据收集过程中,社会治理法治建设的评估主体通常会收集到定量数据和定性数据,前者来源于各种已有的社会治理法治建设客观数据,后者建立在专家或公众对社会治理法治建设的定性判断基础上。评估中由于可采用的定量数据较为稀少,且不同地区的统计口径具有差异性,因而定性数据构成了评估数据的主要成分。这两者各有优势和缺陷,形成了

^① 如世界正义工程法治指数从2010年开始就邀请欧盟委员会联合研究中心对指数进行统计审查,这一环节在我国社会治理评估和法治评估实践中并未推广应用。信度审查就是采用同样的方法对同一对象重复测量时所得结果的一致性程度,具体的审查方法是克隆巴赫系数(Cronbach-alpha)。协调性(coherence)审查,又分为内部协调性和外部协调性,前者检测各个因子的相关性,具体的审查方法分别是主成分分析和相关系数(包括上述的C-alpha系数、Spearman Rank Correlation);后者审查分值与其他机构就同一对象同一事项的测量分值,因为其他机构也针对法治相关因子进行了评估,如果它们之间的结果相差太大,必然有一方出问题;具体的审查方法也是相关系数。第三是稳健性(robustness)审查,指标因子、缺失值的插补、权重的分配、计算方法等都是选择的结果,如果改变某一选择,指数得分和排序就会变动。在指标因子等稳定的前提下,如果改变后三者,而各个国家的得分排序又相对稳定,可以认为其具备稳健性。在实践中,欧盟委员会联合研究中心的审查有力地保障了世界正义工程法治指数的科学性和公信力。参见 See Michaela Saisana and Andrea Saltelli. The Joint Research Centre audit on the WJP Rule of Law Index. the WJP Rule of Law Index 2010, P119-120.

^② Juan C. Botero and Alejandro Ponce. Measuring the Rule of Law, The World Justice Project - Working Papers Series No. 001. 2011. 32.

^③ See the World Justice Project. WJP Rule of Law Index 2014, 171.

互补关系。在社会治理法治建设评估中,数据的收集应该体现群体的差序性,最大可能地全面反映社会治理法治建设的整体状况,反映最大多数公众对社会治理法治建设的整体意见。四是广泛性。信息的内容需覆盖社会治理法治建设的方方面面,要求范围广泛。五是趋向性,信息需能够反映社会治理法治建设的趋势变化及其未来预期。在数据处理过程中,还需注意调查数据很难实现完整无缺,例如拒绝调查、遗漏调查事项等,因而处理缺失数据也是评估的必要环节,其处理方法一般有三种:删除样本、单独插补、多重插补。^②第一种方法因减少了样本的数量可能造成更大的测量误差,在统计调查中一般很少采用(余杭法治指数采取这种方法)。^③第二种方法采取均值、中位数、众数、回归插补、热卡或冷卡插补、期望值最大化插补等方法。第三种方法包括马尔可夫蒙特卡洛计算法等等。^④此外,调查的数据中还会包括一些异常值,它们会影响数据的标准化处理、造成误导性解释、影响相关系数结构,在评估中一般可以采取峰度和偏度检验法予以剔除。^⑤我国社会治理法治建设评估可综合采用三种方法进行。

3. 对分类整理的信息进行描述、解释、分析和评价。评估主体要在加工整理的基础上对信息进行描述、解释、分析和评价,以阐明社会治理法治建设的客观现实状态和受访者的主观感受;解释主要是对社会治理法治建设评估的信息进行说明,阐释法治建设现状产生的原因;分析主要是把握信息所反馈出社会治理法治建设状况和水平的主要特征和难点;评价则是说明社会治理法治建设的实际效果及其影响。

(三) 评估总结

评估总结是评估活动的终点,内容包括撰写评估报告和结果应用。

1. 撰写并提交评估报告。这一阶段主要是在评估社会治理法治建设的基础上作出总结,给出社会治理法治建设假设结论性意见并提出政策建议,提交有关领导和相关部门决策。评估报告的内容包括对社会治理法治实施效果的客观陈述、价值判断、对相关法律制度制定实施提出的意见和政策建议以及对评估过程、评估方法等一些主要问题的说明。其中,政策建议既可针对社会治理法律制度本身,也可针对社会治理法治建设过程;可针对总体目标,也可针对实施手段;既可针对立法机关,也可针对执法司法机关。总之,评估主体需尽可能保持社会治理法治建设信息材料的完整性和统计分析的科学性,确保评估报告的客观、真实、全面、可靠。

2. 结果应用。社会治理法治建设成效是衡量公权力机关、执掌公权力的首长及公职人员工作实绩优劣的重要内容,也是评价公权力机关社会治理政绩的有机组成部分。为了保障社会治理法治建设指标体系和评估得以公正高效权威有序进行,真正发挥公权力机关“关键少数”在社会治理中的激励约束作用,应强化评估结果的应用,并相应设置督促整改机制、矫正惩戒机制和责任追究机制。评估主体应将评估对象的社会治理法治建设实绩作为其职务任免、职级升降、交流任用、奖励惩处的重要依据,相同条件下提出优先使用具有法治思维、法治素养、法治能力或者评估获得优秀等次的公权力机关、执掌公权力的领导集团、主管负责人及公职人员的建议。对评定为不合格等次的评估

^② Michaela Saisana and Andrea Saltelli. Rankings and Ratings: Instructions for Use. Hague Journal on the Rule of Law, 2011 (3), P251-252.

^③ 所谓“测量误差”是指观测值与真实值之间的差异;一般而言,随机抽样的样本量越大,越能反映真实情况,测量误差越小。

^④ Michaela Saisana and Andrea Saltelli. Rankings and Ratings: Instructions for Use. Hague Journal on the Rule of Law, 2011 (3), P252.

^⑤ Michaela Saisana and Andrea Saltelli. Rankings and Ratings: Instructions for Use. Hague Journal on the Rule of Law, 2011 (3), P252.

单位和个人等对象提出批评意见,其不得被评为本地区、本系统综合性表彰单位和个人;连续三年被评定为不合格等次的评估对象,提出对其负责人作组织处理的意见。评估指出社会治理法治建设存在的问题,评估对象应及时采取相应整改措施并向上一级领导机关报告,上一级领导机关应当对评估实施监督。评估结果被评定为不合格等次的,由评估主体提出意见,职权机关责令其限期整改并建议相关机关取消评估对象当年度各项评选优秀、先进、模范单位等

资格。评估对象拒不落实整改或连续三年考评不合格的,职权机关依法依规追究社会治理法治建设评估对象主要负责人的责任。评估对象在社会治理法治建设评估考核工作中弄虚作假、隐瞒事实造成社会恶劣影响的,追究其主要负责人的责任;评估主体工作人员在社会治理法治建设评估工作中失职渎职造成恶劣影响的,应承担相应责任,以此彰显评估对于社会治理法治建设的观察、测度、监测、评价、预警及其矫治的整体功效。

The Index System Design and Details of the Legal Construction of Social Governance and Its Evaluation

Xu Hanming Zhang Xinping

Abstract: The design and specification of one scientific and perfect social governance evaluation index system of the rule of law construction, is the important content of promoting the construction. Its system design should not only insist on comprehensive and characteristic, combining the objective and subjective, the combination of science combined with simple, and the combination of practicality and applicability, measurement and comparison of combining the basic principles, and should be include the content and framework system and the meaning of each single index, diameter and calculation methods. Its index system includes communist party leadership and promoting social governance system construction, strengthen social management legislation and supervision of National People's Congress, government leading social administrative rule of law, the judicial organs to maintain social fairness and justice, social organization autonomy of management and participate in cooperative work, orderly public participation in social governance multidimensional indexes such as the rule of law construction. It is not only the basic requirement of the implementation of social governance law, but also the important way to accelerate the advancement of social governance system and governance capacity modernization.

Keywords: social governance; index system; the rule of law; assessment

(责任编辑:刘宇琼)

党政主导下的地方法治评估实践研究

——以湖北法治评估模式为例

郭川阳 徐汉明*

内容提要 法治评估在法治建设中发挥着重大作用。地方党政主导下的以工作考核为导向的法治评估属于特殊类型的法治评估，不应以理论意义的法治评估典型范式来完全否定，党政主导下的地方法治评估实施困境，为理论界研究地方法治评估提供了一个新思路。地方法治评估的完善路径在于，理论研究应支持解决法治评估实践问题，回应地方法治评估实践可能形成“法治割据”的质疑，重点解决法治评估实践困境的理论问题，研究培养法治评估人才的可行路径，培育独立第三方实施法治评估的生成环境。

关键词 法治评估 指标体系 理想模式 绩效考核

习近平同志强调“党和法治的关系是法治建设的核心问题”，“处理得好，则法治兴、党兴、国家兴；处理得不好，则法治衰、党衰、国家衰”。这一论断指明了全面从严治党与全面依法治国之间的辩证统一关系。全面从严治党是全面依法治国的根本要求，全面依法治国为全面从严治党提供制度保障，二者相辅相成。全面依法治国的成效需要科学严谨的评估。国内法治评估理论与实践探索在党的十八大以来特别是十八届三中、四中全会之后呈现“法治思想风暴”之势，法治指数、法治建设指标体系、法治评估方法等理论研究成果丰富，“法治实践学派”^①“法治评估学”^②“法学会法治评估专业研究会”^③等应运而生，《中国法治发展报告》《中国法律发展报告》《中国法治政府评估报告》^④等各类法治评估报告的出炉对法治中国建设进程产生着积极影响。由党政主导^⑤或支持的法治评估实践为法治评估理论研究提供了丰富的素材，法治评估进入了理论与地方实践的“盛世”。然而，从

* 郭川阳，中南财经政法大学博士研究生，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心研究人员；徐汉明，中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心主任暨湖北法治发展战略研究院院长、教授、博士生导师，中国法学会法治研究基地负责人，国家“2011计划”·司法文明协同创新中心研究员，教育部社会治理法治建设创新团队首席专家。本文系国家社科基金2016年特别委托项目“社会治理法学原论”（16@ZH024）阶段性成果。

① 钱弘道：《中国法治实践学派的兴起与使命》，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2013年第5期。

② 钱弘道、王朝霞：《论中国法治评估的转型》，载《中国社会科学》2015年第5期。

③ 参见孔令泉、楼杰科：《浙江成立全国首个法治评估专业研究会》，载《民主与法制时报》2015年12月26日。

④ 中国社会科学院法学研究所自2003年起每年发布《中国法治发展报告》，中国人民大学自2007年起每年发布《中国法律发展报告》，中国政法大学法治政府研究院自2013年起每年发布《中国法治政府评估报告》，展现了法治评估实证研究成果。

⑤ 本文所称“党政主导”指广义上的上层建筑的“政府”，不是狭义上的行政机关。

当前研究成果来看，几乎一致的声音是对党政主导下的法治评估持否定态度。其主要观点是：政府以工作绩效考核为目的的法治评估是“既当裁判员又当运动员”，“自己搭台自己唱戏”，没有社会公众参与，缺乏中立性，评估结果不可信。还有的学者从评估的方法、指标设计、利益动机等方面提出否定性意见。^⑥而党政主导下的以绩效考核为目的的法治评估探索与实践则呈现蓬勃发展之势，与理论界之否定立场渐行渐远。实践是检验真理的唯一标准。地方党政主导的法治建设绩效考核到底是否属于法治评估的范畴？如果回答是肯定的，那么党政主导的法治评估制度的局限性在哪里，又如何完善之？这需要理论界以法治评估参与者、建设者、推动者的视角，主动与实务界互动合作，秉持问题导向的立场，对真实的法治评估实例进行深入调查，客观评价，准确判断，由表及里地得出正确的结论。笔者对目前法治评估实践考察发现，无论是香港法治指数、^⑦余杭法治指数，^⑧还是上海法治评估实例、^⑨四川省依法行政第三方评估实例^⑩等，从质性上看其都属于第三方评估。而在省际区域内全面开展法治建设绩效考核的省份为数不多；尽管江苏、四川等省率先发布了法治建设指标体系，但有关法治建设评估标准及考核模式等后续配套工作并未跟上一并启动运行；即便已经实施法治建设绩效考核的省份，如安徽^⑪等地，其仅仅是对法治政府或者法治宣传等领域法治建设的绩效考核，而开展综合性、全局性的法治建设绩效考核尚未在省际区域内形成规模，国内可供研究的范例更少。直至2015年，湖北在全省范围内建立并实施全面的综合性的法治建设绩效考核制度，为理论研究提供了一种新类型模式。本文试以湖北省法治建设绩效考核（简称“湖北模式”），以法治评估理论研究的“理想模式”^⑫做参照，对地方法治评估的实践与困惑进行分析，为理论界、实务界研究地方法治评估提供一种新思路。

一、党政主导下的地方法治建设绩效考核模式类型分析

党的十八届三中全会提出“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”，十八届四中全会提出“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩的重要内容，纳入政绩考核指标体系”。十八届三中全会从顶层设计上提出了构建科学的法治建设指标体系和考核标准的目标，十八届四中全会又作出了开展领导班子和领导干部法治建设绩效考核的工作部署。此后，全国各地加快了以党政主导的法治建设指标体系及考核制度、评价标准与结果应用的探索和实践。^⑬那么，这种模式是否属

⑥ 法治评估代表性研究主要包括钱弘道、戈含锋、王朝霞等：《法治评估及其中国应用》，载《中国社会科学》2012年第4期；张保生、郑飞：《世界法治指数对中国法治评估的借鉴意义》，载《法制与社会发展》2013年第6期；付子堂、张善根：《地方法治建设及其评估机制探析》，载《中国社会科学》2014年第11期；朱景文：《论法治评估的类型化》，载《中国社会科学》2015年第7期；孟涛：《论法治评估的三种类型——法治评估的一个比较视角》，载《法学家》2015年第3期。

⑦ 戴耀廷：《香港的法治指数》，载《环球法律评论》2007年第6期。

⑧ 钱弘道：《余杭法治指数的实验》，载《中国司法》2008年第9期。

⑨ 姚颖靖、彭辉：《上海法治评估的实证分析》，载《行政法学研究》2015年第2期。

⑩ 韩旭、钟凯：《地方法治量化评估若干理论与实践问题研究——以S省依法行政第三方评估为例》，载《河南大学学报》（社会科学版）2016年第2期。

⑪ 尹军：《关于法治安徽建设指标体系和考核标准的实证研究——以安徽省政府法治建设（法制宣传）目标管理绩效考核为例》，载《中国司法》2014年第8期。

⑫ “理想模式”系笔者综合主要理论研究成果对国内法治评估的建议提出的一种假想，用以指代。

⑬ 中央国家机关层面，除了司法部开展的法治创建考核外，无综合性、全国性的法治考核或者评估。

于法治评估的范畴? 主流观点认为这是不证自明的命题, 有的学者将其归类为法治建设评估,^⑭有的学者将其归类为公共行政管理理论中的法治评估,^⑮有的学者将其归类为法治评估中的“工作绩效评估”,^⑯等等。这些研究的共同取向与着力点在于质疑、批判甚至否定这类评估方式, 试图从各自视角提出建构法治评估的“理想模式”。但观察分析这些质疑、批判乃至否定的声音, 其并未合乎逻辑的理性论证、科学划分, 以一定质的规定性标准将这类考核归入法治评估范畴。这从一定层面成为对“理想模式”特点、“湖北模式”特点以及“湖北模式”类型分析的缘起, 笔者试展开以下讨论。

(一) “理想模式”特点

1. 评估主体完全独立

“理想模式”系借鉴世界正义工程(WJP)法治指数、香港法治指数等做法, 由独立第三方主要是非政府组织实施评估。独立第三方对法治的理解更全面、更深入、更具专业性, 有专门的评估人员、更加科学的评估方法和技术, 能够保证评估结果的客观与公正。^⑰法治评估的主体是评估的发起者、实施者和结果承担者, 由独立第三方来组织实施法治评估, 完全摆脱政府的影响; 评估结果与社会公众的感受一致, 在社会中树立公信力, 形成权威性, 可以从源头上保证其评估的中立性。

2. 评估对象涵盖广泛

“理想模式”将一个区域内与法治相关的所有人和事均纳入评估范围, 不仅包括地方党委的依法执政、人大的科学立法与监督、政府的依法行政、司法机关的公正司法, 还包括所有的社会组织及公众的守法, 其涵盖了法治可以运行的所有领域。相对意义而言, 只有评估对象越全面, 才能越接近本地区法治运行的真实状态。

3. 评估指标系统完整

“理想模式”的评估指标是由法治评估主体通过对法治的理解和本地区法治的具体情况, 采用多种方法反复比较、排序、探讨、筛选而确定的法治指标及其权重, 有的甚至要长期探讨才能确定。评估指标符合法治的基本原则, 涵盖法治的基本要素, 与本地区法治建设实践相符, 并形成逻辑严密、内容自洽的完整指标体系, 且保持稳定性, 横向与纵向均具有可比性。

4. 评估方法多样性

“理想模式”按照确定的评估指标选取一定数量的样本, 综合运用均分法、德尔菲法、层次分析法等定量评估方法和专家评价等定性评估方法确定指标权重, 通过采集法律数据、专家问卷、一般公众调查、面对面深度访谈、个案调查等方式收集数据, 按照一定的评估规则, 借助评估软件计算等方式, 对一个地区实施法治评估。

5. 评估结果公开可检验

“理想模式”下, 法治评估的数据和结果应当公开, 评估报告不仅能客观真实地反映一个地区法治的基本特征和主要内容, 与社会公众对该地区的评价基本保持一致, 还可以被复核检验, 即用相同

^⑭ 参见前引⑥, 孟涛文。

^⑮ 钱弘道、杜维超:《法治评估模式辨析》, 载《法学研究》2015年第6期。

^⑯ 参见前引⑥, 付子堂、张善根文。

^⑰ 汪全胜:《法治评估主体的模式探析》, 载《法治研究》2015年第2期。

的评估指标、评估方法，对该地区实施评估，可以得出基本相同的评估结果。^⑮

“理想模式”的建构作为法治评估的一种理论范式，在观察、监测、评价、反思、矫正党政主导下法治建设绩效考核实践场域中的诸多错综复杂的现象方面，尤其是对背离法治建设规律的一些非理性或扭曲现象，无疑具有“清醒剂”的作用，对党政主导下的法治建设绩效考核模式科学建构方面的影响也是毋庸置疑的。

（二）“湖北模式”特点

伴随“法治评估思想风暴”的兴起，湖北率先出台了系列推进法治建设的制度措施，委托中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心、中国法学会法治研究基地和湖北法治发展战略研究院起草了《法治湖北建设指标体系》和《法治湖北建设考评办法》专家建议稿，形成了法治建设绩效考核制度框架、指标体系、运行机制，^⑯初步建立起了法治建设绩效考核的“湖北模式”。该模式具有以下特点。

1. 考核主体与考核实施主体特定

“湖北模式”中，法治建设绩效考核的主体是中共湖北省委。从管理学的角度，工作绩效考核是以具有领导关系或者隶属关系为基础，按照一定的标准，采取科学的方法，对下级完成既定目标任务或者要求进行衡量与测评的管理方法。^⑰就法治建设绩效考核制度而言，考核主体只能是地方党委。党的十八届四中全会指出：“必须加强和改进党对法治工作的领导，把党的领导贯彻到全面推进依法治国全过程。”地方党委作为本地落实全面推进依法治国的责任主体，负有领导、推动本地法治建设职责，对本地下级党委（党组）履行法治建设职责考核具有合宪性、合法性及正当性。考核实施主体作为贯彻落实考核主体有关法治建设绩效考核的预设目标、实施路径及其实现状况的责任主体，其正当理由在于层级组织体系运行的规范性必然秉赋给地方党委相关职能部门，其职能的不可移转性、程序运行的不可失范性增加了地方党委作为考核主体的权重。相对于区域的省（自治区、直辖市）而言，其职能的规定性、统一性要求省级党委必须肩负起领导、统筹、协调推进省域内的法治建设责任，创新推动法治建设的决策、执行、监督（考核评价）的运行机制，按照问题导向、精简机构、整合职能、协同创新的思路，设置相应的领导小组及其办公室，与省级政法委员会合署，破解机构林立、考核多头等难题，将依法行政考核、普法依法治理考核等统一纳入法治建设绩效考核之内，作为政绩考核评价的重中之重，使长期以来“以GDP论英雄”的评价模式转变为按照“四个全面”考核的科学评价模式。^⑱

2. 考核对象仅限于省辖内层级公权力机关领导集体及其成员的推进法治建设绩效

执政党提出“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容，纳入政绩考核指标体系”；习近平同志强调“全面依法治国必须抓住领导干部这个‘关键少数’”。管理学“木

^⑮ 张德森：《法治评估的实践反思与理论建构——以中国法治评估指标体系的本土化建设为进路》，载《法学评论》2016年第1期。

^⑯ 自2010年起，特别是湖北省第十次党代会提出建设法治湖北以来，该省开始了法治建设实践路径，出台了系列推进法治建设的制度措施，欲将“文本中的法治”推向为“行动中的法治”。2013年，该省委委托高校和科研机构起草了《法治湖北建设指标体系》和《法治湖北建设考评办法》专家建议稿，形成了法治建设绩效考核制度的初步设想。党的十八届四中全会后，湖北省委决定建立领导班子和领导干部法治建设绩效考核制度，2015年1月在全国率先出台党内规范性文件以确立该项制度，并于当年开始在全省范围内实施。

^⑰ 赵君、廖建桥、文鹏：《绩效考核目的的维度与影响效果》，载《中南财经政法大学学报》2013年第1期。

^⑱ 湖北省将地方党政领导班子政绩考核按照“全面建成小康社会”“全面深化改革”“全面依法治国”“全面从严治党”建构政绩考核指标体系，其中“全面依法治国”指标根据法治建设绩效考核结果按比例计入。

桶理论”揭示最短的那块木板决定木桶蓄水的容量大小，启示法治建设绩效考核必须抓住“关键少数”不放。为此，湖北省把贯彻中央高层决策与当地实际结合，创造性地将省内“各级党政机关的领导班子和领导干部”纳入考核范围，旨在压实领导干部的法治建设责任，增强“关键少数”在推进法治建设中的表率、示范、凝聚、担当的效应。

3. 考核指标导向的“波浪式”效应

法治建设指标体系是法治建设内生性发展与外生性建构的有机统一，其年度法治建设考核指标的确定，是法治建设年度进程与法治建设预设性目标的阶段性与整体性的有机统一。中国特色社会主义法治建设及其实践表明，其域外法治模式及其评估机制全盘移植借鉴是难能奏效的；而运用“少数人主观评价样本”^②作为第三方评估推动党政主导下的法治建设及其评估，或者一步跨越法治现代化，也是缺乏国情、社情、民情基础及法治文化本土资源的。唯有采取渐进式推进法治建设和“增量式”^③法治评估方法，才可能产生推进法治建设的“波浪式”效应。为此，湖北省在制定法治考核指标及评估过程中，采取根据法治建设预设总目标、法治建设指标体系，每年有计划有序衔接性地确定若干个考核指标。凭借这样年复一年、锲而不舍、循序渐进的“工匠精神”，使法治建设指标体系的实施状况做到“根根柱子落地”，既破解了法治建设的诸多难题，^④又一步步地接近和实现构筑“法治大厦”的目标。

4. 考核方式简便易行

法治建设考核方式作为法治建设的实施机制，其法律实施机制创新的驱动力、中国式“善治”的助推器、中国法学新型学术流派的蕴育体、中国特色法治评估体系话语表达的新声音^⑤的作用是有目共睹的。而法治建设绩效考核方式的便利性、可操作性及其规范性是该模式能被考核主体、社会组织及公众认同及支持的关键。“湖北模式”简便易行的启示在于：一是必须吸收、借鉴和采用管理学中绩效考核的通常做法，观照到各种考核关系的协调平衡，删繁就简，比如被考核对象的自我检查总结，由考核主体检查抽查及评价，尽可能减少环节，防止增设层级，增加被考核对象的过重负担，防止法治建设的悖论效应。二是注意增加法治建设牵头单位平时考核评价，作为考核实施主体的考核权重，防止和避免年终重复考核、突击考核、烦琐考核、疲于应付的现象，增强法治建设绩效考核的实效。三是对于难以准确掌握的职能指标完成情况的考核，注意听取多个省级职能部门根据工作职责提供的相关数据，作为对被考核对象的考核内容。比如考核“党政机关及其工作人员依法执行人民法院生效裁判的情况”，则由省高级人民法院提供具体的案件数据，既保证考核指标数据来源的可靠性、准确性，增强对考核对象考核评价的可信度，又不额外增加考核成本。四是注意吸取内部民主测评意见和社会公众评价意见。结合被考核对象年终考核召开干部民主测评大会，党政主要负责人对履行法治建设职责情况进行述职，参会人员领导班子和领导干部无记名评价，将所得出的民主测评分值作为对被考核对象评价的客观依据之一；针对社会公众对法治建设的认知度、满意度、支持度难以准确掌握的状况，湖北委托省统计局开展调查，将社会公众对法治建设成效的满意度主观评价纳入计分标准中。

^② 徐汉明：《论法治建设指标体系的特性与功能》，载《法学评论》2016年第1期。

^③ “增量式”系法治湖北建设绩效考核的一个特点，即每年确定一定数量的可以完成的考核指标，次年再增加新的考核指标，以此推进法治建设不断向前的考核方式。

^④ 法治建设实践中存在法治建设喊口号现象以及法治建设发展不平衡、上热下冷等难题，阻碍了法治建设进程。

^⑤ 参见前引^②，徐汉明文。

5. 考核结果的实用导向

法治建设绩效考核结果应用是破解众多考核模式“破窗效应”难题的重大创新。唯有考核结果被实际运用，才会产生法治考核“指挥棒”的效应。考察“湖北模式”的考核结果应用，其特点主要表现在：一是设置救济程序，即被考核对象若对考核结果有异议，可以在一定时间内提出复核申请，由考核主体根据核实情况答复。这既能纠正和防止考核实施主体因多种因素导致信息不对称而对考核对象作出不恰当、不公平的评价，又有利于保护考核对象推进法治建设的积极性。二是按照“四个全面”战略布局设置政绩考核指标，将考核结果纳入党政领导班子政绩考核指标体系，将法治建设绩效考核结果按此比例计入总分，从考核评价模式层面实现了考核评价导向的转型，使之科学化与体系化。三是明确考核结果作为领导干部选拔任用的重要依据，将同等条件下法治素养高、依法办事能力强的领导干部作为优先提拔的硬指标，并建立领导干部的法治考核档案，形成了教育、培养、使用、选拔执掌经济社会文化事务、行政执法、司法、法律监督大权领导干部的科学管理机制和选人用人、激励约束公平公正的导向。四是将考核结果在全省范围内通报，增强考核结果的公开性、严肃性及其权威性。

“湖北模式”作为学者视域下的“自我考核”模式，其最大特点在于凸显法治建设主体“自觉式”“自我加压式”推动法治建设，其考核评价的制度模式及运行机制的优势是不能忽略的，对其理论上的证成自不待言。而相对于“世界正义工程法治指数”模式，抑或有的学者所推崇的“理想模式”，由第三方评估所获取的“少数人样本”对党政主导下考核模式运行存在的若干弊端矫正意见这种外生性制约力量，仍然需要通过转化为政府内生性自觉行动所形成的“增量式”的法治建设绩效考核。相对于党政主导下的法治评估“波浪式”发展的状况而言，这种“少数人样本”的影响力难以避免，经济学视域内通常发生的“边际效用递减”^⑥是客观存在的。

（三）“湖北模式”评析

从前文分析来看，以法治评估理论为基础，“湖北模式”与法治评估的“理想模式”在各个方面均表现出差异性，如下表所示。

内容	“理想模式”	“湖北模式”	异同度
评估主体	独立第三方，主要是非政府组织	政府	完全不同
评估对象	一个地区整体法治状况	公权力机关、人民团体领导班子和领导干部法治建设绩效	“湖北模式”评估对象特定明确
评估指标	逻辑严密、系统完整的体系	根据法治建设目标确定考核指标	“湖北模式”总体目标与实施增量目标结合
评估方法	方法多样，侧重点是公众的意见，强调扁平性	方法多样，侧重点是职权机关自我评价与上级评价	“湖北模式”方法强调规范性与层级性结合
评估结果	与公众评价一致性，可检验	上级评价为主，公众评价为辅，不当评价的救济性	“湖北模式”强调一体性、实用性与自我加压结合

^⑥ “边际效用递减”是经济学中的一个概念，指在一定时间内，随着同一个消费者对某种消费品使用量的增加，同一消费品产生的效用则在减少。

可以看出,与法治评估的“理想模式”差异很大,似乎“湖北模式”不能被归入法治评估的范畴。细分析发现,“湖北模式”实际上具有法治评估的结构,除了评估主体不同外,其在评估对象、评估指标、评估方法、评估结果方面更像一个“理想模式微缩版”的法治评估。结构相似并不能说明其就属于法治评估的范畴,还需要从质性方面阐释。

1. “湖北模式”体现了法治评估的功能

理论研究一般认为,法治评估的主要功能是依据评价指标对一个地方的法治进程、法治现状进行准确的描述,揭示存在的问题,引导实现法治目标。比如中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心课题组研究认为,法治建设指标体系具有法律实施机制创新的驱动力、中国式“善治”的助推器、中国法学新型学术流派的蕴育体、中国特色法治评估体系话语表达的新声音等功能。^⑲从“湖北模式”实施两年的效果来看,基本达到了制度设计的目标,即基本掌握全省法治建设的实际状态,能够发现某些方面的优势,找出存在的短板和不足,同时为第二年部署法治建设工作提供依据,基本体现了法治评估的主要功能。

2. “湖北模式”体现了法治评估的目标要求

法治评估主要目的是对一个地区法治运行的整体状态进行评价。比如立法方面,“地方立法是否符合国家法的精神,是否能够引领本地经济社会发展,国家法律和地方性法规、规章是否得到有效实施,与民族习惯、乡规民约的衔接是否顺畅”等,是一种站在第三方的角度进行的评价。“湖北模式”将考核对象范围确定为党政机关的领导班子和领导干部,其观察、跟踪、预警、评价、矫正基于领导班子和领导干部推动法治建设的全过程、全环节,使法治建设处于动态的评估监督与推进之中。仍以立法方面为例,对“地方立法是否符合国家法的精神”的评价,从考核的角度需要转换为“所有地方性立法是否依法报上级机关备案”这一指标的设定及考核。这个指标实际上隐含了这样一个过程:地方立法应当报上级机关备案,由上级机关对地方性立法进行合法性审查;同样,“是否能够引领本地经济社会发展”则需要转换为“是否制定了地方立法规划与年度计划”的指标设定及考核,而地方立法规划一般需要经过征求公众意见、人民代表大会审议等严格程序才能获得通过,设定“立法规划”指标并进行考核则可以实现这个目标。虽然“湖北模式”与“理想模式”的视角不同,但两者的目标要求一致,无论是推行“湖北模式”还是建构“理想模式”,检验其功效的基本标准在于能否准确掌握本地区法治运行的实际状况,是否有利于助推法治建设。

3. “湖北模式”吸收了法治评估的理论内核

理论是实践的先导。同理,法治湖北建设绩效考核指标体系设计、考核模式的构建等均贯穿了法治评估的理论与方法。法治指标体系和考核标准是检验法律制度制定、实施、监督成效的配套制度安排。^⑳其理论范式的核心要素是法治建设指标体系及其评估模式的遵循与先导。考量其理论核心要素不仅在于构建范畴体系、逻辑结构等,而且在于其理论价值的逻辑力量,集中体现在其具有协调平衡利益冲突、提供修复受损秩序的载体、优化法治资源配置、搭建创新制度安排的平台、实现公平正义的重要渠道的价值功能。^㉑这种价值功能的作用在于,引导法治指标体系的设计者、评估实施主体自

^⑲ 前引^⑲,徐汉明文。

^⑳ 徐汉明、林必恒、张孜仪:《论法治建设指标体系和考核标准的科学构建》,载《法制与社会发展》2014年第1期。

^㉑ 参见前引^⑳,徐汉明、林必恒、张孜仪文。

自觉地遵循这些理念原则，使法治指标体系符合体现其理论的模型、结构体系，将这些理论价值“内嵌”于法治指标体系及其评估方法的结构之中，使之形成具有体系结构的科学性，反映法治建设规律性，体现中国法治建设本土的特色性、民族性、时代性特点的法治建设指标体系及评估模式。比如，对于法治政府指标体系及其对依法行政的考核评价，“湖北模式”就“深入推进行政审批制度改革”层面，把“清理取消非行政许可事项审批、精简审批程序、新设行政许可审查、相对集中行政许可改革试点、建立政府权力清单和责任清单动态管理制度、推进商事制度改革、完善行政执法程序、推进行政综合执法改革、加大对行政权力监督制约”等纳入指标体系和考核评价的重中之重，并且按照“整体推进方案化、目标任务项目化、实施主体责任化、成效考核指标化、落实时间节点化”^⑩的要求，建立“纵到底、横到边”加快建成法治政府的“五化评价”新机制。对于考核评价建成“职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信”的法治政府，防止政府及其工作人员权力滥用，有效监督和防范行政机关及其工作人员在行政活动、行政执法活动中越位、错位、不到位等情形；对于发挥政府有效管理服务，协调、平衡经济社会发展中各利益主体的利益冲突，调解社会矛盾，防止和减少社会对抗，增进人民福祉，创造安定和谐文明的社会环境，既具有现实的针对性、紧迫性，又充分体现了法治政府指标体系及评价模式的理论逻辑力量。

综上所述，党政主导下的法治建设绩效考核属于法治评估的范畴，是一种非典型、微型版式的特殊质性法治评估范式。鉴于作为区域公权力机关的党委政府是评估的唯一主体，其评估质性仍属于层级机关纵向单边式的评估范式，其主要目的是推动法治建设工作，最终目的是推进本地法治建设，实现治理体系和治理能力现代化，那么理论研究就不能强行附加这种类型评估所不能承载的某些功能。^⑪

二、党政主导下地方法治评估的现实困境

党政主导下的法治评估主要是部分省（自治区、直辖市）开展的法治政府评估、司法部开展的法治创建评估以及法院系统开展的法官绩效考核等。这些评估实际属于法治评估的某一项，也可以称为专项评估。“湖北模式”系党政主导下的全面性、综合性的地方法治评估，与“理想模式”全面系统评估的理念一致，具有一定可比性。“湖北模式”并非完美无缺，其进入实施评估的第二年，有关评估方式、指标内容仍作了重大修改。其实施中面临诸多困境，尚需要理论界深入研究。

（一）评估对象难确定

确定评估对象是“湖北模式”实施遇到的第一个问题。从定义的角度来说，对党政领导班子和领导干部法治建设绩效考核，其对象应当是党政领导班子和领导干部推进法治建设的实绩和成效，但哪些可以作为考核对象难以确定。从一个省的角度来说，有地市级党政领导班子和省级单位的领导班子。地市级领导班子可以确定就是地市级党委，省级单位的领导班子应该是省级单位的党组（党委）。但

^⑩ 中国法学会法治研究基地课题组承担“湖北省法治政府建设实施纲要（2016—2020）”课题提出“五化”实施方案被采纳。

^⑪ 前引^⑩，钱弘道、杜维超文。虽然不能回应社会公众对“中立性”的质疑，但在内部考核中，考核主体对所有被考核对象应保持客观中立的立场。

在一个省内,省级单位众多,有近200个,既有省直机关,也有中央垂直管理的单位,还有省直单位所属的二级、三级单位。中央垂直管理的单位情况更复杂,有的以属地管理为主,有的以上级党组织管理为主,有的完全不受当地的管理。从法治评估的角度来说,应当将一个行政区域内所有党政机关列入评估范围,但以工作绩效考核为目标的法治评估,被列为考核对象的单位应当具有上下级关系或者隶属关系,如何确定是个两难选择。另一个问题是领导干部考核范围的确定。虽然《党政领导干部选拔任用工作条例》对领导干部进行了明确界定,但其范围很宽,不仅包括党政机关的领导成员,还包括其内设机构的领导成员,更包括参照公务员法管理的党委和政府直属事业单位、人民团体及其内设机构领导成员。是否有必要将上述领导干部全部纳入考核范围?还是只考核一个或者数个领导干部?确定评估对象,无论如何取舍都需要有充足的依据和理由。

(二) 评估指标设计难度大

评估指标是法治评估的关键,也是难点,学者针对评估指标的研究也很深入,要求指标设计体现法治的要素、融入地方要素、体现法治的社会效果等。^③在党政主导的地方法治评估中,通常需要的是“身兼数职”的工作考核指标,既能遵循法治的原则、实现法治的价值,又能推动本地法治的发展,还可以量化便于考核。这比“理想模式”的指标设计难度更甚,主要表现在:一是将法治建设目标转化为工作考核指标难。比如,以“推进以审判为中心的诉讼制度改革”为例,根据什么原理如何设计工作考核指标才能体现被评估对象是否落实该项工作、落实的成效如何将成为考评的难点。二是提出大量可以量化的客观性指标难。客观性指标可以直接反映某一客观事实,不易引发争议,但法治本身是一项具有价值判断的评估对象,若大量设置客观性指标并非易事,更何况还要符合工作考核的要求。学者批判的一些指标设置,比如“犯罪发生率”“律师数量”等,因不具有明确肯定的法治价值指引而应舍弃。又如,工作考核指标需设置“行政机关负责人出庭应诉比例”等指标,考核行政机关负责人出庭应诉比例既是落实法律的规定,又能够倒逼行政首长出庭应诉,一方面有助于提高行政首长的法治意识,另一方面又能促进该行政机关依法行政,具有多重功能,且效果明显。湖北将该内容作为考核指标后,根据省高级人民法院的数据统计和报告,行政机关负责人出庭应诉比例大幅提升,行政机关依法行政效果也有了明显改善。三是省级单位的考核指标设置难。市州考核指标因是综合性、整体性的考核,基本可以涵盖法治建设的各方面,考核指标相对容易设置,但省级单位考核指标较难设置。省级单位依法设立,每个单位职责均不一样,为了使考核具有针对性,理论上需要针对每个单位列明考核指标。立法、执法、司法机关等承担法治建设职责的单位考核指标相对容易设置,对于党委工作部门、群团组织等单位的考核指标则难以设置,如果设置不合理,就会出现法治建设职责任务重的单位领导班子和领导干部得分比一些党群部门还低的现象。

(三) 评估权重难衡量

指标设计好之后,重点就是对各项指标设置权重,如果分为一级、二级甚至三级指标的,不仅要确定一级指标间的权重,还要确定一级之下的二级、三级每项指标的权重。对于权重设置的方法,理论上均有均分法、德尔菲法、层次分析法、直接赋值法等。在实践操作上,如何运用这些方法来确定权

^③ 参见前引⑥,付子堂、张善根文。

重难以把握。理论研究认为,通过“均分法”对各项指标平均权重最简单,但无法体现各项指标之间的差异性,实践中没有采用。“德尔菲法”系通过多位专家在互不联系的情况下对各项指标赋权,多轮征询意见并逐渐达成一致而确定各项指标权重的方法。“层次分析法”是需要运用统计学知识和统计分析软件进行判断的一种方法,较德尔菲法难度更大。因其需要一定的专业知识,上述两种方法在第三方评估中有一定的运用,但“湖北模式”没有采用,而是用了“直接赋值法”,在制定评估标准时直接将各项指标权重标明。这种赋权模式虽然简单,但缺乏明确合理的理由。运用何种方法确定各项指标的权重是一个难题,权重分配是否科学合理、是否与本地实际相符又是另一个难题。

(四) 主观评价科学实施难

地方党政主导的法治评估是一项工作绩效考核,包括完成法治建设的工作目标和工作效果两个方面。工作目标可以通过设立工作考核指标来评价,工作效果可以通过客观数据数值来判定,而主观评价由于评价主体的涉众性、主观偏好的参差不齐,加之判定标准难以统一,因而其可靠性、采信率难以确定。“湖北模式”设计主观评价模式有内部评价和外部评价两种。内部评价为党政机关内部的民主测评,参加民主测评的干部对本单位的领导班子和领导干部相对熟悉和了解,一般用无记名的方式进行。外部评价则采用委托省统计局第三方向社会公众随机抽样进行。这两种模式运行的结果时常出现被考核对象内部主观评价结果或外部主观评价结果与法治建设实际客观情况差异甚大,甚至造成被评价对象难以接受评价结果,挫伤其积极性的负面效果,这是一方面。另一方面,主观评价实施存在诸多困境,以委托第三方实施的外部主观评价为例,其存在“三难”现象:一是调查问卷设计难。一般来说,问卷越详细越能反映真实情况,但内容多了被访问的人就不愿意参加,普遍可以接受的问题数量是5—8个。如何设计好这个能够从侧面反映法治建设成效的调查问卷是个难题。二是收集有效评价难。无论是书面调查、电话调查、网络调查还是微信调查等,都需要有效的评价,现实中多数人不愿意接受类似调查访问。从湖北省统计局历年电话访问情况看,每10个电话中只有不到2个电话愿意接受访问。愿意接受访问的人对法治建设情况不一定了解,对法治建设情况了解的人不一定被随机抽中。三是样本比例确定难。一般来说,比例越大,调查的最终结果越接近整体平均值。但对于一个省数千万的常住人口,其中还有一半以上的农村人口,确定什么比例合适是个难题。比例越高,所需要有效样本基数就越大,投入的时间和人力就更多。湖北省目前的有效样本比例暂时确定为万分之二左右,显然较低,但何种比例更合适、更符合湖北实际需要依据和理由。法治建设成效需要社会公众通过切身感受来评价,但如何科学设计调查问卷和准确实施问卷调查则牵出调查成本分摊、公共财政负担增大、社会热情支持度不确定等新的难题。

(五) 专业评估人才缺乏

法治评估是一项专业性、技术性较强的工作,再完美的评估指标体系如果没有专业评估人员的实施,其效果也将大打折扣。从湖北实施的情况来看,党政机关内专业法治评估人才极度缺乏,影响了法治评估的效果。一是缺少精通法治评估理论与实践的人才,对本地区的法治建设整体状况把握不够,难以提出符合本地实际、指导本地法治建设的最优评估指标体系。二是缺乏基本掌握法治评估方法的人才。由于被考核对象多,考核时间短,部分考核工作人员甚至系临时从省直相关单位抽调,即便进行了培训,也无法在短时间内掌握法治评估的基本方法,在实施评估过程中既不能提出问题,又不能

发现问题,严重影响了评估的效果。三是随着法治评估体系的规范化、程序化及成熟化,需要源源不断的志愿者服务的支撑,又带来社会组织培育、志愿者精神塑造、志愿群体法治文化建设面临跨越门槛的新难题。

上述问题既是湖北在实施法治评估中遇到的难题,也可能是今后其他地区会遇到的问题,这是党政主导下地方法治评估绕不开的实施困境,更是理论界研究地方法治评估实践的“窗口”。

三、党政主导下的地方法治评估完善路径

相对于其他法学研究领域来讲,法治评估属于新领域,无论理论研究还是实践操作都是在“摸着石头过河”。地方法治评估的“理想模式”与“湖北模式”分别是法治评估理论与实践的代表。“湖北模式”既是理论研究的“实验田”,又是法治建设的助推器,随着理论研究的深入和实施的广泛开展,二者相互融合程度会越来越高。实践问题理应成为理论研究的重点,政府也应当支持理论研究,才能相互促进,共同推进法治建设健康发展。

(一) 未来地方法治评估模式的选项——“湖北模式”

地方法治评估主要包括非政府组织实施的典型意义的法治评估和党政主导下的特殊类型的法治评估两种类型。从法治评估发展的走向看,以“湖北模式”为代表的特殊类型的法治评估将可能是未来地方法治评估的主要形态。

1. “党政主导推进型”是我国现阶段法治建设的典型形态

我国法治发展道路主要有两种形式:一种是“党政主导推进型”的法治发展道路,主要是新中国成立以后通过移植国外的现代法律而形成的法治发展道路;另一种是我国数千年来形成的宗法礼制、乡规民约、自治公约等渐进型的法治发展道路。两种法治发展道路在我国同时存在,并以“党政主导推进型”为主。党政主导下的地方法治评估作为法治建设的重要组成部分,正在日益成为地方政府推进法治建设的抓手。“理想模式”的法治评估目前则主要由高校、科研机构等倡导推动,其公信力建立尚待时日。随着“党政主导推进型”法治评估模式功效释放及其影响力的辐射传递效应,“湖北模式”将可能成为省际法治评估模式创新竞争与博弈的一种参照系。

2. “湖北模式”简便易行可复制的特性,为其效应的对外溢出提供制度创设、模仿,成本省俭成为可能

“理想模式”的运行需要评估主体深入调研,对一个地方的法治状况有比较全面的准确掌握,并且需要严格按照法治评估理论确定评估指标、评估权重,建立符合该地方实情的全方位法治评估模型,采用多种量化方法收集数据、确定运算规则,最后得出评估结果,还要能通过复核检验。该模式评估的结果虽然面向社会公众,且追求公信力,但其选取“少数人样本”带来法治评估覆盖面的限制性、法治建设真实状况的不确定性因素难以有效排除,加之评估主体投入大量的人力、物力和时间所获取数据的有限性,难以保障其结果的客观性、全面性,这与其追求公信力的主观目标形成一个“悖论陷阱”现象。党政主导下的“湖北模式”,其评估特定对象的全覆盖,评估信息传导机制的健全与法治建设客观状况防止信息不对称的动员机制、协调机制、监督制约机制以及其他资源较为充足,而其评估所

需要经费则纳入公共财政预算，评估的指标体现了法治评估理论的核心要素，遵循了法治评估的一般规律，并且实行灵活多样的评估方式，评估数据的获得既可以由相关职能部门提供，也可以通过向社会购买服务的方式采集，其评估运行具有强大的制度惯性，只要指标科学、方法得当，评估模式运行一般不会产生较大偏差，因而具有可复制性。

3. “湖北模式”满足法治评估对结果应用的些许期望

从不少已经发布的按照“理想模式”实施的评估报告来看，该类评估目前尚未形成一定的权威性。法治评估主要功能是客观描述法治现状、指出问题，但因其尚不具有权威性和影响力，所指出的问题期望能被各级政府采纳并加以改进的概率较小，其所发挥的推动法治建设的作用往往难以得到充分实现。“湖北模式”作为党政主导下的法治评估，其评估过程和结果具有一定的行政强制力，评估结果指出的问题如果得不到纠正，相关责任人将会依法依规依章被问责，甚至直接影响责任人的升迁进退。

（二）理论研究应支持解决法治评估实践问题

法治评估理论自国外引入之后，随着研究的深入和实践探索，逐渐生成了一套本土法治评估的理论体系，虽然目前尚未形成一致意见，但事实上已经中国化的法治评估理论，已有了丰富的符合国情的研究成果。法治评估的实践性很强，理论研究成果最重要的功能和价值在于将其转化为能够影响决策、影响实践的力量。当前，地方党政主导下的法治评估实践即将普遍展开，包括天津、广东、山西、河南、湖南、海南、安徽、广西、贵州、四川、甘肃等地已经准备实施。理论研究既需要加快对法治评估“理想模式”的再研究、再完善，同时也需要将目光转向以“湖北模式”为代表的法治评估实践，把解决法治实践问题作为理论研究的重要端口，将实践中形成的经验升华为理论，推进我国法治评估理论体系与实践模式的构建与发展。

1. 回应地方法治评估实践可能形成“法治割据”的质疑

当前，由不同层级的政府制定的各类法治考核项目在全面开展，不仅有综合性的，还有行业性的，不仅有中央层面的，还有县市区的各类法治考核。有的学者将这种现象概括为“法治评估割据”，指出“各级政府的‘法治割据’式的法治指数设计和推行将更容易导致法治评估统一化的丧失”。^③毫无疑问，以“湖北模式”为代表的地方法治评估实践推广将加速消除这一现象。法治评估需要构建统一化的实施路径，需要兼顾法治评估普遍性与地方特殊性的关系，使之相得益彰。

2. 重点解决法治评估实践困境的理论问题

本文仅就“湖北模式”实施难题提供学界争鸣与回应。另外，理论界需要观照相关难题，比如通过相关理论范式研究，破解指标设计的数量、党内法规与国家法律在法治指标体系设计中的有效衔接等难题。“湖北模式”的法治评估实施迫切需要法治评估理论的支撑，没有理论的指导与检视，法治评估就会走样变形，甚至异化为地方政府装点门面的政绩，成为掩盖低水平法治的外衣，久而久之难免阻碍法治建设的进程。面向实践的理论研究，除了力戒高谈阔论、对策不对号、盲人摸象，秉持批判性思维外，更需要的是建设性思维，需要提供符合法治原则和精神、契合国情省情、切实可行的解决方案。

^③ 侯学宾、姚建宗：《中国法治指数设计的思想维度》，载《法律科学》2013年第5期。

3. 研究培养法治评估人才的可行路径

法治评估人才决定着法治评估的质量,没有高素质的人才支撑,科学的法治评估将是空中楼阁。这场史无前例建设宏大的社会主义法治体系,建设社会主义法治国家的生动场域,必定催生法治理论体系,催生新型法治评估学,锻造学科深度融合、协同创新的新型法治实践学派。这些将为法治评估理论研究提供明确的方向,获得源源不断的智识资源、鲜活的法治评估样本,为地方法治评估研究提供强有力的智力支持。而从法治评估实践先行,法治评估学科“跟进式”创建,到法治评估人才的产出,将是一个渐进的过程。普遍开展的地方法治评估急需大量的法治评估人才,需要解决专门人才供需矛盾,深入研究并提供既能解决当前人才“短板”,又能解决人才后续培养的路径。

(三) 培育独立第三方实施法治评估的生成环境

法治建设不仅仅是地方政府的事情,更需要所有的社会组织和公民共同参与。独立第三方实施法治评估研究和实验的过程,也是推进法治建设的过程,其评估的数据更多来源于社会大众对当前法治状态的意见和看法,评估的结果更符合社会公众的感受,同时也是政府了解社会对法治建设成效评价的一个窗口。作为推进法治建设责任主体的政府,有必要也有义务培育独立第三方实施法治评估的生成环境。

1. 制度支持

对于研究者来说,法治评估理论研究投入的是智识、时间和金钱,收获的是法治评估的理论与方法,研究的结果是政府采纳运用。法治评估理论研究通常需要长期的投入,从经济学的角度来讲,投资和收益不对等就无法持续,不能持续的研究投入,可能最后什么收获也没有。这就需要政府用法治思维和法治方式建立支持法治评估研究的制度,包括支持建立主要服务本地法治建设的法治智库,支持法治评估研究在辖区开展实验,建立法治评估研究基金,支持第三方独立自主地开展理论研究和实证调查,不受任何不当干扰等。推进法治评估的常态化与制度化,既可以保证评估的稳定有效开展,又是法治建设的应有之义。

2. 项目委托

以绩效考核为特征的法治评估,除了内部工作目标考核外,对工作成效的评估可以委托第三方,由专业法治评估研究机构实施。第三方具有专业知识、专业评估人员和专业评估方法,评估结果更客观公正,公信力更高。同时,也可以考虑将工作绩效考核的指标、权重、考核方案委托第三方来提供,或者在政府决策前委托第三方提出审查意见等。通过项目委托的方式,既支持了法治评估理论研究,又能满足工作考核需要。

3. 建立评估结果采纳机制

独立第三方实施的法治评估实践,一方面是检验法治评估理论研究成果,另一方面更希望评估的结果或者是提出的建议能获得政府决策层采纳,从而产生推进法治建设的效果。政府不应忽视理论研究的价值期望,应当建立一种评估结果采纳机制,按照规范程序审查第三方评估的过程、原始数据的采集、评估的结果等,确定是否采纳并用于决策。该机制既能鼓励第三方坚定法治评估理论研究的信心,又能打破政府推进法治建设落入“只缘身在此山中”的局限,充分发挥第三方法治评估在法治建设中的作用。

结 语

地方法治评估需要与地方法治建设同步。以“湖北模式”为代表的地方法治评估在当前地方法治建设中起着重要的推动作用。以“理想模式”为表征的法治评估理论研究指导、引领、完善着法治评估实践,为地方法治评估提供理论支撑。两种模式的法治评估相互促进与融合,共同推动法治建设进步,但同时也不应超越地方法治建设的实际。社会公众特别是领导干部的法治意识、法律素养一定程度上决定着法治建设的进程,这是一个相对缓慢的过程,如果与地方法治建设不同步,超出地方法治建设实际建立一套法治评估体系将会成为“海市蜃楼”。地方法治评估应当在坚持全面依法治国和全国法治统一的前提下,积极探索符合本地特点和实际的评估机制,充分发挥法治评估的功能作用,推进地方法治建设健康发展。

Abstract: The appraisal of the performance of rule of law plays a pivotal role in the development of rule of law. The appraisal of rule of law, which is administered by the local party committee and government and taken as an appraisal of the performance of local government, is a special type of evaluation, which cannot be simply dismissed as an appraisal lacking the impartiality that is theoretically defined by the typical paradigm of the appraisal of rule of law. The problems encountered by the party and government-led appraisal of the performance of rule of law in a certain region provide the academia with a new approach to the studies on the appraisal of regional rule of law. The key to improving the appraisal lies in the following aspects: in theoretical studies, we should target solving the problems in the practice of the appraisal of rule of law; answer the questions about the possibility of overlapping and even conflicting appraisals administered by different governmental organs; focus on the theoretical causes for the difficulties with the appraisal; explore a feasible approach to training talents for the appraisal; and cultivate the environment for the development of independent third-party appraisal.

Key words: rule of law evaluation; index system; ideal mode; performance evaluation

[学科编辑: 方 乐 责任编辑: 庞 昊]

法治体系建设语境下 检察制度发展完善的路径

| 徐汉明* 王玉梅**

[关键词] 法治建设 检察制度 改革 检察权 监督

[摘要] 中国特色社会主义法治体系的构建为检察制度发展完善提供了方向和行动指南。必须围绕构建完备的法律规范体系,从推进检察制度科学化、检察组织规范化、检察职权配置类型化等方面推进检察制度发展完善,围绕构建高效的法治实施体系,从推进责任追究机制构建、完善监督制度、健全检察指令权运行机制、推进以审判为中心诉讼制度配套改革、建立科学的检察权运行指标体系和考核办法等方面优化检察权运行机制;围绕构建有力的法治保障体系,从加快推进省以下司法管理体制、加快建立符合职业特点的检察人员管理制度、强化检察官队伍建设等方面完善检察机关保障体系;围绕构建严密的法治监督体系,从推进惩治和预防公职人员腐败机制建设、健全检察机关内部监督制约机制、完善阳光检务制度等方面依法监督规范司法行为。

[中图分类号] DF83 [文献标识码] A

[文章编号] 1004-4043(2015)-9(上)-0025-6

中国特色社会主义法治体系的构建为推进中国特色社会主义检察理论创新、制度创新和实践创新提供了正确方向和行动指南。必然要求构建公正高效权威的社会主义检察制度必须紧紧围绕法治建设体系整体布局,并以此为图景、为方向、为标尺,着力从破解影响和制约检察权公正高效行使的体制性障碍、机制性束缚、保障性困扰入手,深化检察体制改革,发展完善中国特色社会主义检察制度,使之在加快推进中国特色社会主义法治体系,加快建设社会主义法治国家中发挥更大作用。

一、围绕构建完备的法律规范体系,推进检察制度发展完善

(一)推进检察制度科学化

十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革

若干重大问题的决定》与十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的出台,给推进中国特色社会主义检察制度的发展完善提供了机遇,检察机关及其工作人员应当大有作为。其一,需要着力围绕影响制约中国特色社会主义检察制度的深层次矛盾、现实挑战与棘手难题,按照中央全面深化改革与全面推进依法治国重大战略部署要求,提出检察改革的目标图景、基本任务、路线图、时间表,适时总结改革新经验、新方法,从构建科学检察制度的顶层设计层面适时提出修订完善人民检察院组织法、检察官法等法律中涉及检察制度的相关条款内容,加快推进“法律监督程序法”等立法步伐,组织专门起草调研班子,广泛吸收专家参与,适时提出立法方案,助推涉及检察制度完善的法律规范体系的建设。其二,整合反贪、反

* 中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心主任暨湖北法治发展战略研究院院长,二级教授、博士生导师。

** 中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心博士研究生。

本文系教育部2014年哲学社会科学重大课题《司法管理体制研究》(14JZD024)阶段性成果。

读、职务犯罪预防等职能,遏制公权力领域失职渎职、贪污腐败滋生蔓延态势。其三,建立检察机关与人民群众支持、现代技术支撑的腐败犯罪信息传导机制,建立健全行政执法、行政监察、党的纪律监察机关与检察机关惩治腐败犯罪无缝对接机制,形成保障法纪检察职能公正高效权威行使的制度规范、基础平台、社会条件和人文环境。其四,适时总结法纪检察新经验、新方法、新机制,推动科学完备的惩治和预防腐败法的出台。其五,多视角、多维度、多层次参与全球治理腐败规则制定、打击跨国犯罪协作,推进国际司法合作。

(二)推进检察组织体系规范化

考察一些检察机关规范法律监督活动的实践,大都注重从办案标准、程序规范、线索管理、流程控制、评价体系等关键环节入手进行法律监督权运行控制。从推进法律监督体系与法律监督能力现代化看,法律监督程序规范是法律监督组织体系完备、权能优化配置及模式创新的重要端口,蕴含着制度设计者与实践者的战略思维、创新思维和法治思维,破解了职务犯罪侦查、刑事检察与刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼监督的难题,寻找到了法律监督“标准统一、程序规范、节点控制、流程管理、绩效评估”的实现形式,成为当代检察权运行模式的重大创新与实践。应适应司法管辖体制、审级新格局和以审判为中心诉讼制度改革的要求,构建基层检察院、跨行政区划检察院、专门检察院等科学完备的检察组织体系,检察长领导下的类别化的办案组织体系,检察官、检察事务官、检察行政人员分类管理体系;履职保障与职业人身保护体系;“相对均等化”的经费保障体系;自身层级监督体系等科学完备的“六方面类型化的组织体系”,以及贯彻“检察一体”原则的“上下统一、横向协同、内部整合、整体统筹”的检察权运行体系。

(三)推进检察职权配置类型化体系化

所谓法律监督职权配置的类型化,是指按照宪法、法律定位的法律监督权一元结构下的分职能、分权能类型进行类别化的重构与配置。所谓体系化,是指依据宪法、法律的立法原则与精神,在对法律监督的主体、客体、对象科学界分的基础上将法律监督职权运行纳入制度化、规范化、程序化控制的轨道所形成新型的法律监督构造及其体系。这种

体系结构要求准确界定法律监督主体的适格条件、职业准入、职业操守、职业保障以及职业惩戒。其法律监督主体所获得的法律监督权具有合法性、正当性,其权力行使的约束条件是“法定主义”与“客观主义”。任何违背检察机关的适格条件及合法性、正当性要求的,其法律监督主体则无权履行法律监督职责。同时,这种体系结构要求准确界定法律监督的客体及对象。在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼法律监督领域,其客体不是检察机关提起公诉、指控犯罪与支持公诉的涉案犯罪嫌疑人或被告人自身,而是侦查机关侦查活动的违法行为、审判机关的错误判决裁定和审判活动的违法性、刑罚执行机关在监管活动中的违法行为等。而在民事诉讼与行政诉讼法律监督领域,其客体同样不是诉讼当事人所争讼的标的,或行政相对人所争讼的行政行为所指向的标的,而是错误的民事裁判、行政裁判及其他违法行为。刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼领域职权机关的违法行为及错误裁判与执行,其侵害的直接客体是侦查活动、审判活动、执行活动的客观性、合法性、秩序性与公正性。这要求检察职权优化配置,形成检察权类型化运行机制。从而构建检察权与检察综合管理权、检察事务服务相分离的职权配置模式与运行体系。

二、围绕构建高效的法治实施体系,优化检察权运行机制

检察权运行体制机制的发展完善须以遵循司法规律、检察活动规律为前提。从权能属性层面分析,检察权作为法律监督权具有刑事检察权、诉讼权与诉讼监督权等合为一体的特点。它作为国家权力的有机组成部分,具有国家的意志性与法定性,而且呈现中立性、救济性、程序性的特点。其“中立性”表现在,启动和行使监督职权的依据在于执法、司法机关及其工作人员职权行使具有违法或错误情形,而不以原告、被告人或其他诉讼参与人所争讼的标的大小为依据,并且秉承司法“不告不理”的中立性原则,只有当公民、法人、其他组织对这类错误判决裁定或者违法行为举报、控告、申诉、申请抗诉、提出监督意见等,检察机关才依职权对这类信息与线索进行评估,对其中符合条件的才依程序启动立案监督,等等。其“救济性”表现在,这类监督权

的启动、行使以及法律后果之一是中止(抑或暂停)裁判机关的决定和裁判效力,其法律后果之二是能够通过法定程序最终有效纠正行政执法机关、司法机关及其工作人员的违法行为乃至错误的决定与裁判,使公民、法人、其他组织的合法权益乃至遭受损害的国家利益得到最大限度的救济或修复。其“程序性”在于,这类法律监督权的启动与行使需要有一系列的程序规制与保障。将公职人员违法犯罪线索与诉讼违法线索管理纳入制度化、程序化轨道,既能适应社会公众对公职人员履职行为监督与诉讼违法监督的新要求新期待,整合社会信息资源,提升信息应用效率,降低法律监督发现、收集、利用、协调信息的成本,又能有效规制因信息管理制度与程序的缺失所导致的信息“失灵”“失真”和“失效”等现象,从源头与制度安排层面遏制和防止诉讼权与诉讼监督职权,诉讼监督职权与职务犯罪侦查权行使过程中的“不作为”或“乱作为”问题,从而找到把诉讼职权、诉讼监督职权、职务犯罪侦查权装入信息管理程序“笼子”里的实现方式。这就从法律监督的主体适格条件、客体适格条件、对象适格条件以及法律监督权运行程序等方面破解了难题,使刑事检察、诉讼监督等检察职权运行步入制度化、程序化、规范化的轨道,从而达到法律监督权行使所产生的“侦查引导者”“审判把关者”“法律守护者”三重预期功效,使法律监督权运行与司法权运行的中立性、滞后性、公开性、裁断性、正当性的规律具有异曲同工之效。这需要深化检察改革,推进高效的法治实施体系建设。

(一)推进对干扰检察活动行为的责任追究机制

推进领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度与运行机制的建立。确保各级党政机关和领导干部支持检察机关依法独立公正行使检察权。有效防止任何党政机关和领导干部让司法机关做违反法定职责、有碍司法公正的事情;通过建立检察机关内部严格惩戒机制,杜绝检察机关执行党政机关和领导干部违法干预司法活动的要求。

(二)完善检察机关行使监督权的法律制度

推进检察机关司法解释和规范性文件制定机制的完善,明确制定原则,明晰效力范围,严格产生程序和形式,避免产生效力混乱与冲突,形成程序

严密、标准统一、责任明确的规范制定机制。建立检察官、检察事务官、行政管理人员权力清单、责任清单、义务清单制度,建立司法办案基准裁量、程序规范,完善检察行为规范,完善检察官职业道德基本准则、职业行为规范和文明用语规则,确保严格公正清廉文明行使检察权。深化检察官办案责任制改革,全面推行司法档案制度,建立办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制。加快推进法律监督程序立法,把法律监督规则与程序构建摆在优先突出的位置,按照“标准统一、程序规范、节点控制、流程管理、绩效评估”的原则,建立法律监督权力清单与责任清单制度、信息传导机制(信息管理)、法律监督权行使的标准(立案标准)、法律监督规程及工作流程、科学的法律监督指标体系及评价标准,构建现代新型法律监督体系,推行案件办理与案件分流管理的“分权控制”模式改革。建立提起公益诉讼制度、督促起诉制度,完善检察建议工作机制,健全检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权行为督促其纠正的制度,确保法律监督权行使制度化规范化。

(三)健全检察指令权运行机制

检察指令权是检察官署及首长依法对下级检察官署履行检察事务、行政管理及对外事务协调事项所作出的一般指示或者个别指示而形成的指令权能体系。其类型按照性质划分包括检察事务权与检察行政管理权。前者是指上级检察院及其首长对下级检察院及其检察官就法律监督职能履行的范围、方式、程序、效力、纪律的专门指示(包括决议、决定、指令、通知等)。其具有确保“上命下从”“检察一体”的功效。后者则是指上级检察院及其首长围绕法律监督职权运行相关联的组织人事管理、经费保障、设施条件改善、信息技术支持、综合管理服务等行政事务管理,对下级检察院及其检察官所作出的指示。按照范围划分,检察指令权包括内部指令权与外部指令权。前者是指检察院及其首长对履行法律监督职权的各项检察事务与行政管理事务所作出的指示;后者是指检察院及其首长与相关职能机关就检察事务的相关事项所作出的指示。

检察指令权行使的界区当以“法定主义”为根本标准。所谓检察指令权行使的“法定主义”,是指

检察指令权来自法律授予,由适格的检察院及其首长行使,依照法定程序运行,其效力止于法律法规许可的范围内。按照检察理论“通说”,检察指令权的“法定主义”构成理由在于:首先,检察指令权当属法律赋予检察机关及其首长的应有职权,其产生带有“与生俱来”的特点;其次,检察首长是适格的行使检察权的检察官;再次,无论是按照“社会本位主义”设置的检察机关还是按照“个人本位主义”设置的检察机关之检察首长,都毫无例外地具有检察指令权。这不仅是“检察一体”职权运行模式的典型表达,更有利于应对和处置检察官团队在职务犯罪侦查、诉讼与诉讼监督领域通常遭遇的法律监督困境。反思现实检察指令权行使情况,其不足是层级指令权存在越位或替代行使的现象。这主要表现在:上级检察院及其首长通常就下级检察院依地域职权管辖的案件无端缘由,或者以级别管辖为由实行异地管辖或指定管辖而滋生管辖权、案件处置权、检察官裁量权的滥用;在同一检察机关内部,检察首长往往以个人意志而绕开民主集中制的行权原则,指令检察官团队在履行职权过程中要么不许作为、要么责令乱作为,由此对检察院行使法律监督职权造成诸多不良影响。造成检察指令权被滥用的根源,除了检察首长的思想素质外,更多的是检察指令权清单制度、运行程序制度、监督制约制度、评价激励约束制度缺失等。因此,在深化司法体制改革、健全司法权运行机制,推进建立高效的法治实施体系的大背景下,探求建立检察指令权清单制度及运行程序当属题中之义。如何构建与高效的法治实施体系相适应、与法律监督权相协调的检察指令权体系需要从以下几个方面着手:其一,需要把规范检察指令权的制度创新作为推进法律监督体系与法律监督能力现代化的重要任务,并作为规范法律监督权的突破口,纳入健全检察权运行机制改革的整体规划,增强检察指令权制度发展完善的理论认同、制度认同与改革认同。其二,建立检察指令权清单制度,使之与检察院的法律监督权清单、检察官职权清单相配套协调,形成具有中国特色规范检察权运行的清单体系。其三,与检察人员分类管理改革相协调,寻找规范检察权运行程序的最佳实

现形式,确保检察权公正规范高效清廉文明行使。其四,建立科学的法律监督权评价指标体系与考评标准,使检察机关有关法律监督事务的决策权、执行权、监督权既分工制约又协调配合,形成科学的检察组织体系与检察权运行体系。其五,发展完善检察指令权制度既要坚持“法定主义”原则,又要辅之“便宜主义”的认同与限制。法律监督权行使过程中时常遇到不同地区之间、不同时段之间同一类案件适用相关法律规定进行处理结果差异大的问题。因此,检察指令权就个案方面的裁量当以不越权和不滥用为界限,通过指令权越权裁量、滥用裁量权等情形当属指令权违法。但是,由于地区之间因法律适用引发的个案处理的差异,“便宜主义”原则在宜当慎用的前提下亦难全盘抛弃,而需要引入程序规范予以规制。

(四) 推进以审判为中心的诉讼制度配套改革

充分发挥审判特别是庭审的功能作用,确保职务犯罪侦查、审查起诉、提起公诉、提出抗诉、提起公益诉讼的案件事实证据经得起法律检验,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判与维护审判机关生效判决裁定的既判力及权威性上发挥决定性作用,通过法庭审判的程序公正实现案件裁判的实体公正,有效防范冤假错案产生,达到事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的最佳状态。探索以审判为中心诉讼程序运行中,检察机关履行检察权“一元多分式”的法纪检察、刑事检察、诉讼监督职能适当分离的运行模式,对审判活动是否合法的监督由“当庭式”转变为“庭后式”,“即兴式”转变为“启动立案程序”规范运行式,纠正违法采取“令状式”,以增强法律监督的规范性、程序性和严肃性。

(五) 建立科学的检察权运行指标体系和考核办法

对检察权运行设定分类指标,以便同步观察、动态监测,适时防止、预警、纠正违背检察权运行规律现象的发生,使宪法、法律统一实施与宪法、法律权威从观察、监测、评价机制层面得到进一步维护,从而使这一评价机制成为检察权运行科学化、规范化、法治化必不可少的“助推器”。

参见林钰雄著《检察官论》,学林文化事业有限公司1999年出版,第50页、第52页。

三、围绕构建有力的法治保障体系,完善检察机关保障体系

(一)加快推进省以下司法管理体制改革,确保依法独立公正行使检察权

探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度,确保检察机关依法独立公正行使检察权。推进检察机关保障体系的构建,具体内容涉及:(1)制定与行政区划适度分离、与审判管辖相协调的检察管辖制度、组织体系,明晰检察权行使的外部监督,包括派驻检察机关的纪检监察、人民监督员监督的范围及运行程序,探索由第三方司法行政机关选任、管理人民监督员。(2)制定与公务员法相协调,体现检察官法律职务序列特点、“去行政化”的检察官法律职务职级单独工资序列保障制度及职业保护制度。(3)制定以省会中心城市保障水平为基点、以中央转移支付为支撑、两级保障为主体的“相对均等化”的检务保障体制机制,提出日常办公用费、人员经费、办案费、信息技术装备费、设施设备建设费等五类经费保障标准以及中央与省共同负担支出的预算实施方案。(4)建立省以下“相对均等化”的经费统一管理体制,形成“五个体系”,即以省会中心城市检察人员工资、津贴、医疗、住房等“相对均等化”保障水平为基点的职务序列及工资福利保障体系;以强化依法独立公正行使检察权为基点的办公用费、人员经费、办案费、信息技术装备费、基础设施建设费的现代检务保障体系;以提高司法公信力为基点的检察信息现代化体系;以提高司法能力为基点的人财物管理体系;以推进“队伍专业化、管理科学化、装备现代化、建设规范化、保障制度化”为基点的项目实施体系。

(二)加快建立符合职业特点的检察人员管理制度,推进司法职业化

司法职业化建设要着重抓好以下两方面的工作:(1)完善检察人员分类管理,加快推进司法职业化。建立以检察官为主体,以检察官助理、司法警察、专业技术人员为辅助,以综合管理服务人员为保障三个序列适度分离的检察人员分类管理体系。(2)完善检察人员职业准入、规范遴选、职业培训、考核晋升、转任交流等制度体系。

(三)强化检察官队伍的正规化、专业化、职业化建设和人才交流机制

以思想政治素质、检察业务工作能力、职业道德水准为着力点,努力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的高素质检察官队伍。建立检察官专业考评管理委员会、惩戒委员会和职业道德委员会等评价体系,承担检察人员职务晋升、职业禁止、违法惩戒等事务,完善检察官协会管理体制,赋予检察官协会保障检察官合法权益的职权、检察官遭受不公正待遇的依法依规保障请求权,以及检察官因职务违规违纪受到查究处分的代理抗辩权。畅通法治人才交流机制,建立从符合条件的立法、审判、执法优秀人才及律师、法学专家中转任或招录检察官制度,健全从政法专业毕业生中招录人才机制。

四、围绕构建严密的法治监督体系,依法监督规范司法行为

(一)建立健全惩治和预防公职人员腐败体制机制

加强法纪检察是适应惩防“入腰包的腐败”和“不入腰包的腐败”的迫切需要。严密的法治监督体系的一个重要方面在于通过法纪检察权公正高效的行使,发挥其体制性、机制性、权力监督制衡性的作用,实现对公权领域腐败依法治理、综合治理、系统治理和源头治理的功效。通过公正高效行使法纪检察权,发挥其治本与治标的功能作用。首先,彰显廉洁政治理念,使廉洁政治的理念根植于公职人员、党员干部的心中,推动廉洁政治的文化氛围逐步形成。其次,助推治理腐败步入“新常态”。法纪检察要坚持“打老虎”与“拍苍蝇”并重,重点向以下领域推进,即以治理一方要员与垄断行业相互勾结为重点,严厉惩治滥用职权、危害一方的“老虎”,斩断寄生“治理一方大权”的“非法政治经济利益链”;以治理公共领域权力滥用为重点,严厉查处滥用行业、公共权力部门垄断资源为不法利益集团牟取暴利的违法违纪行为,斩断寄生“行业垄断权”的“非法经济利益链”;以行政权力集中部门滥用权力为重点,严厉查究利用行政执法审批监管权、特许经营权、人事权谋取非法利益的犯罪行为,斩断寄生“权力寻租”的“非法利益链”;以治理司法权滥用为重点,深挖彻查为黑恶势力充当“保护伞”的违法犯

罪行为,斩断寄生于司法权的“灰色利益链”;以维护人民权益为重点,严肃查处严重侵害群众利益民生领域的腐败案件,斩断寄生“民生管理服务权”的“非法利益链”;以整顿规范市场秩序为重点,开展商业贿赂治理,斩断寄生“市场监管、中介服务”的“非法利益链”,实现法治体系所设置的法益目标。其三,促进监督制约体制机制的建立健全。通过法纪检察提出检察建议,推动用制度管权管事管人、重大决策事项合法性审查、风险评估机制的建立,强化对领导干部特别是“一把手”的监督制约,推进党内监督制度的完善,新型督察、巡视、查究综合监督模式构建,中央对地方、垂管部门的监督力度加强,防治腐败形成合力。其四,助推顶层制度的设计。推动相关法律法规的清理、修改和完善,平等保护农村居民以土地持有财产权为基础的各项合法权益,破解“二元经济结构”难题,推进市场经济、干部人事、财税金融、行政审批、国有资产管理、收入分配、社会治理、公正执法司法体制机制改革等,建立健全防范腐败体制机制,推动公共资源流转税的开征、推进公共资源交易市场建设、防止利益冲突试点、制度廉洁性评估、社会信用体系建设等工作,提高廉洁政治建设科学化水平。

(二)完善内部监督制约机制

建立检察机关内部人员过问案件的记录制度和责任追究制度。加强上级检察院对下级检察院的

领导和监督,规范下级检察院向上级检察院报告工作程序,完善上级检察院对下级检察院报告的审查、评议和监督制度。依法规范检察人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织的接触、交往行为。严禁检察人员私下接触当事人及律师、泄露或者为其打探案情、接受吃请或者收受其他财物、为律师介绍代理和辩护业务等违法违规违纪行为,坚决惩治司法掮客行为,防止利益输送。

(三)构建开放、动态、透明、便民的阳光检务机制

强化主动公开、主动接受监督的意识,不断拓展检务公开的深度和广度。(1)拓展检务公开范围。完善人民检察院案件信息公开网,依法及时公开执法司法依据、程序、流程、结果和生效法律文书,构建案件程序性信息查询、法律文书公开等平台。(2)加强法律文书释法说理,建立生效法律文书统一上网和公开查询制度。(3)创新检务公开方式。建立定期新闻发布会和专题新闻发布会制度,全面推进四级检察院门户网站建设。利用官方微博、微信等新兴媒介平台保障人民群众对司法的知情权、参与权、监督权。(4)规范检务公开场所。推进统一的检务公开大厅建设,整合相关业务,开展“一站式”服务,实现网上网下同步服务,方便群众查询和监督,让司法权在阳光下运行,以公开促公正,以透明保廉洁。

[编辑:常 锋]

欢迎订阅

《人民检察》2014 年合订本

2014年《人民检察》杂志(全年24期)精装烫金合订本已经开始订阅。欲购者请与人民检察杂志社联系。

订阅方式:可从银行或邮局直接汇款。汇款时请写清楚订阅者名称(姓名)、单位、详细地址、邮政编码,并在电汇凭证“汇款用途”栏或邮政汇款单“附言”栏写清“订阅2014年《人民检察》合订本”及份数。

定价:每册240元(含邮资)

汇款地址:北京市石景山区香山南路111号
人民检察杂志社

邮政编码:100144

开户银行:工行北京市永定路支行

户名:人民检察杂志社

账号:0200004909200061142

电话:(010)68630108

联系人:彭金海

传真:(010)68630217

建立科学的法治建设指标体系和考核标准

徐汉明 林必恒

党的十八届三中全会强调，建立科学的法治建设指标体系和考核标准。这对于建设法治中国、推进国家治理体系和治理能力现代化意义重大。科学的法治建设指标体系和考核标准，可以防止、预警、纠正破坏法治的现象，为经济社会发展法治化提供保障，是法治中国建设实施机制的有效形式。

建立科学的法治建设指标体系和考核标准的意义。建立科学的法治建设指标体系和考核标准，出发点和落脚点是发展和完善中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，保障全面建成小康社会，实现中华民族伟大复兴的中国梦。其特色在于既能对法治建设状况进行客观评价，又能充分发挥人民群众参与、评价、监督法治建设的作用。法治建设指标体系和考核标准应与法治中国建设目标、任务、要求保持协调一致，也就是坚持依法治国、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；深化司法体制改革，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。应坚持中国特色社会主义的基本立场，构建具有中国特色、中国风格、中国气派的法治指标体系和考核标准，增强对国际社会的影响力。

建立科学的法治建设指标体系和考核标准应把握好五个结合。一是全面与特色相结合。既能评价执政党、立法机关、政府、司法机关法治化发展水平，也能评价经济、文化、社会、生态文明建设法治化状况；既能全面评价保障人权、维护社会公平正义的发展进程，又能全面评价保障民生、增进人民福祉的法治成效。二是客观与主观相结合。既能对法治建设进程作出客观评价，又能引导社会公众自觉参与法治建设，反映社会心理对法治的认知度，反映人民群众对法治建设的支持度与满意度。三是科学与简便相结合。既能全面、准确、科学地反映法治发展的现状和水平，又在指标数量上做到少而精，使指标体系的宏观构建和微观设计科学明确。四是实用性与适用性相结合。既能满足现实需求，又使考核方法、步骤、结果分析等具有适用性，做到实用与适用有机统一。五是可计量与可比较相结合。指标体系既可计量、可操作，又可对不同地区的法治建设状况进行比较，做到可计量与可比较协调一致。

建立科学的法治建设指标体系和考核标准需要规范标准程序。法治建设指标体系和考核标准应注重科学性、可操作性、实效性、衔接性，明确界定考核主体，采用职能考核为主、结合社会公众评价，统一组织、分级考核的考核方式。在考核过程中，应科学设定指标基本分，形成分值体系，明确考核主体组织指导协调职责，实行属地考核与上级考核相结合、主管部门评价与行业评价相结合。考核程序包括制定考核方案、自查总结、组织考核、委托专业调查机构开展社会公众抽样考核等。考核的标准、过程和结果应当公开，接受社会监督。

论法治建设指标体系和考核标准的科学构建

徐汉明¹, 林必恒², 张孜仪³

(中南财经政法大学 法治发展与司法改革研究中心, 湖北 武汉 430073)

摘要: 科学构建法治建设指标体系和考核标准是“法治中国”建设实施机制的有效实现形式,是推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措,是回应人民群众日益增长的物质文化生活需要的应有之义。其具有协调平衡利益冲突、提供修复受损秩序载体、优化法治资源配置、搭建创新制度安排平台、实现公平正义等功能。其构建的路径在于明晰指导思想,把握基本原则,完善具体内容,注重考核标准和程序设计,形成以依法执政、科学立法、依法行政、经济文化社会生态文明建设法治化、公正司法、依法监督、全民守法、组织领导、社会公众评价等一级指标为基点、二级指标为支撑、三级指标为表征的法治指标体系,从而实现法治建设考核的制度化、规范化、程序化、科学化,助推“法治中国”建设。

关键词: 法治中国建设; 指标体系; 考核标准

中图分类号: DFO

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2014) 01-0021-07

党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”。这对于“维护宪法法律权威”,全面推进“法治中国”建设,实现“推进国家治理体系和治理能力现代化”意义重大。

一、科学构建法治建设指标体系和考核标准的重大现实意义

法治指标体系是一种特殊的社会指标体系。它是指用以反映法律制度本体及其相关各类要素运行状况的结构质的规定性与量的规定性有机统一为表征,用以判断评价经济、政治、文化、社会、生态文明法治化进程的一种计量、评价逻辑结构系统。建立科学的法治建设指标体系和考核标准具有重大的现实意义和深远的历史影响。

首先是“法治中国”建设实施机制的有效实现形式。十八大在十五大、十六大、十七大关于“实施依法治国基本方略,建设社会主义法治国家”的基础上强调,“法治是治国理政的基本方式”,“全面推进依法治国”,“加快建设社会主义法治国家”。十八届三中全会强调“建设法治中国,必须坚持依法治国、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”。这标志着“法治中国”建设的总体布局、目标任务、工作方针、实施措施、行动进程越发明确;实践

收稿日期: 2013-12-09

基金项目: 平安法治湖北建设领导小组办公室、湖北省法学会重大课题“法治建设指标体系及考评办法”; 教育部2013年度“创新团队发展计划”(社会管理法治建设)项目(IRT13102)

作者简介: 徐汉明(1951-),男,湖北鄂州人,中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心、湖北法治发展战略研究院教授、博士生导师,经济学博士; 林必恒(1987-),男,海南乐东人,中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心博士生; 张孜仪(1985-),女,河南平顶山人,中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心讲师,湖北法治发展战略研究院研究员,管理学博士。

中创新了不少科学评价法治建设效果、有序推动法治建设进程的实施机制，积累了不少新经验。比如，有的探索推进经济、政治、文化、社会、生态文明建设的法治化；有的制定地方法治建设中长期“实施纲要”；有的开展区域、行业法治建设“创建活动”；有的探索制定区域、行业“法治指标体系和考核标准”；有的把法治建设寓于经济、政治、文化、社会、生态文明建设之中，与之一同部署、检查、实施等，从而初步找到了破解改革开放以来一度存在的经济社会发展考评的难题的实现形式，即：如何摒弃“以GDP指标论英雄”，“以单一社会指标考核标准论优劣”，“以经济考核指数论升迁”等。一些省市、基层探索建立“法治指标体系与考核标准”对经济社会发展进行科学考评等实践经验，被总结提升为“法治中国”建设带有全局性的有效实施机制，开创了当代中国运用法治思维和法治方式科学推进市场经济、民主政治、先进文化、和谐社会、生态文明发展的有效实现形式。

其次是推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。经济全球化不仅给各国“硬实力”、“软实力”的增强提出了挑战，也给国家治理体系和能力现代化“巧实力”的提升带来考验。国家治理体系是指党领导下管理国家的制度体系，包括经济、政治、文化、社会、生态文明和党的建设等各领域的体制机制、法律法规安排，是一整套紧密相连、相互协调的国家制度；国家治理能力是指运用国家制度管理社会各方面事务的能力，包括改革发展稳定、内政外交国防、治党治国治军等各方面。二者是有机整体，治理体系搭建好，治理能力才能提高；治理能力提高，治理体系才能充分发挥效能。法治作为治国理政的基本方式，在推进国家治理体系和治理能力现代化中具有基础性的地位和作用。构建现代新型国家治理体系，实现治理能力现代化，有赖于国家各项工作的法治化、制度化、规范化、程序化。随着国际国内形势的发展变化，在新的历史起点上，全面深化改革，全面建成小康社会，进而建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化国家，实现中华民族伟大复兴的“中国梦”，成为党和人民事业在新时代的关键抉择。这要求我们不仅要坚持依法治国方略，加快法治国家建设；坚持依法执政，加快治国理政水平提高；坚持依法行政，加快法治政府和服务型政府建设；坚持依法管理与依法治国，加快法治社会建设；坚持依法保障、调节经济文化社会及生态文明关系，加快经济文化社会生态文明法治化建设，形成科学完备的国家治理体系；而且需要建立科学的法治建设指标体系和考核标准，全面推进“法治中国”建设，实现国家治理能力现代化。同时，只有法治建设目标任务明确，法治指标体系和考核标准具有科学性、针对性和可操作性，才能建立起“法治中国”建设有效的实施机制，才能使法治建设过程受到指标体系和考评标准这一“方向标”的引领，这一“观察仪”、“监测器”的跟踪评价，才能适时防止、预警、纠正践踏法律，破坏法治的现象发生，维护宪法法律的统一、尊严、权威，使“法治指标体系与考核标准”成为“法治中国”建设必不可少的“助推器”。

其三是回应人民群众日益增长的物质文化生活需求的应有之义。围绕使市场在资源配置中起决定性作用，坚持党的领导、人民当家作主与依法治国有机统一，建设社会主义核心价值体系，促进社会公平正义，建设美丽中国，提高科学执政、民主执政、依法执政，全面推进经济、政治、文化、社会、生态文明及党的建设制度重大改革，以促进社会公平正义，增进人民福祉为出发点和落脚点，让一切劳动、知识、技术、管理、资本的活力竞相迸发，让一切创造社会财富的源泉充分涌流，让发展成果更多更公平惠及全体人民，是新形势下人民群众日益增长的公平正义、人民福祉等物质文化生活需求的新要求、新期待。只有建立科学的法治建设指标体系和考核标准，适时对市场经济、民主政治、先进文化、和谐社会、生态文明发展的法治化状态进行有效观测、细致监测、客观评价、及时预警和科学引领，才能满足人民群众日益增长的法治建设需求以及物质文化生活需求。

二、法治建设指标体系和考核标准的功能

法治指标体系和考核标准是检验法律制度制定、实施、监督成效的配套制度安排。其基础理论、

范式结构、实践运行对法治建设具有现实意义。其功能可概括为：

(一) 协调平衡利益冲突。

这是法治指标体系和考核标准功能的核心要素。指标体系权重的设置既是对法律制度安排的平衡利益冲突协调机制的确认、维护和保障，又构成自身平衡利益冲突的协调机制系统。其考核运行的过程与结果不仅预警、监测、检验、考核对象在法治建设的角色定位是否发生错位、越位、不到位等诸多违反法治的现象，是否形成非正当的、或非程序性的、或非法利益博弈的，是否隐性或显性地损害国家、政府、社会等法益目标，从而为矫治这些现象，恢复法治秩序，维护法益目标提供引导性、政策性、预见性的意见建议，使其评价功能得以彰显。而且自身平衡利益冲突的协调机制内在地发挥功效，有序规制顶层制度设计过程中制度设计者为寻求自身、他人和某一利益集团的“寻租偏向”，使法治指标体系和考核标准的核心要素权重的配置符合法治建设内在规律与现实需求，使其成为具有科学性、遵循规律性、体现人民性、反映规范性的法治建设评价子系统。

(二) 提供修复受损秩序的载体。

这是法治指标体系和考核标准功能的外在表征。当法律制度安排自我协调平衡矫治机制“失灵”引发社会秩序紊乱情形时，法治指标体系和考核标准以特定的渠道、方式、机制适时捕捉“失灵”信息，追踪社会秩序“紊乱”信号，通过其自组织系统所形成的自我协调平衡矫治机制给法治建设协调平衡矫正机制提供“补充”、“补位”，矫治法治建设过程中“逆选择现象”（违反法律制度安排的事件或行为），从而为有效修复受损秩序提供载体平台，形成与之相匹配的替代机制或协调机制。

(三) 优化法治资源配置。

这是法治指标体系和考核标准功能的内在机理。建立法治指标体系和考核标准能有效节省因法治建设过程中出现的“悖论”（即以“违反法治”的方式来“实施法治”）现象对法律重新创制所增加的额外成本，或法律制度安排自身平衡协调矫正机制“失灵”引发社会冲突、重大突发事件的应对处置所增加法律制度安排额外的协调成本、监督成本与执行成本，或法律实施主体撇开既定的法律制度安排而凌驾于法治建设平衡协调矫正机制之上形成相互对立、相互制肘的机制所增加的成本。法治指标体系和考核标准的平衡协调矫正机制一旦与法律制度的运行机制形成一体互补运行，必将大大优化法治资源配置，提高法治建设投入的政治效益、法律效益与社会效益。

(四) 搭建创新制度安排的平台。

这是法治指标体系和考核标准功能的动力机制。由于法律制度安排与实施机制之间存在着诸多代位、移转、监督、协调、预警等复杂的环节与外部制约机理，法治建设主体的代表者往往对此产生偏离法律制度安排、预期目标、程序规制的“盲视”现象，或被纷繁复杂的法治事务所搅拌产生“视而不见”，或因法律素养、法治水平参差不齐而对法律制度安排是否存在缺陷、是否需要创新出现的“误判”、“误诊”现象，或为某一利益集团乃至局部利益、地方利益驱使而拒绝制度创新。法治指标体系和考核标准通过对法治建设定期评估、会诊、把脉，在总结经验、树立典型、推广先进的同时，第一时间发现人民群众对法治建设的新要求、新期待，梳理出法治建设运行过程中存在的诸多矛盾、主要问题、主客观原因，通过问计于民、问施于民、问效于民，找到解决法治建设矛盾问题的“灵丹妙药”，提出适应“法治中国梦”宏伟目标要求的立法项目、计划乃至方法步骤，从而使法治指标体系和考核标准搭建创新制度安排平台的功能得以彰显和实现。

(五) 实现公平正义的重要渠道。

这是法治指标体系和考核标准功能的终极目标。法治指标体系和考核标准以社会公平正义为基准点、出发点和落脚点，定期监测矫正执政、立法、行政、司法、法律监督、守法的理念、方式、行为是否符合公平正义的价值规范、准则标准与行为方式。通过指标权重的合理设置分配，从源头上、基础性评价上解决社会公平正义评价公允问题；通过对公平正义法律现象的凝练、归纳、弘扬，为社会树立公平正义理念、形成良好氛围提供“正能量”；通过梳理发现并建议矫治非公平正义的事件等，

从而疏通社会心结、化解社会矛盾、避免社会冲突、恢复社会和谐，激发人民群众参与法治建设、维护公平正义的积极性、主动性、创造性。这种通过法治指标体系和考核标准机制运行所提供的社会公平正义实现的新途径、新平台、新方式，不失为中国特色社会主义法治实践的伟大创新，其所产生的“正能量”对于助推“法治中国”建设的作用是不能低估的。

三、法治建设指标体系和考核标准的科学构建

构建中国特色法治指标体系和考核标准需要坚持国际视野与本国实践相结合、宏观概括与微观量化相结合、静态评估与动态考察相结合、科学客观与可操作性相结合，从“三个共同推进”、“三位一体建设”的战略思维、创新思维、法治思维的高度进行科学谋划、顶层设计、系统构建。

(一) 构建法治建设指标体系和考核标准的路径选择

1. 明晰指导思想

法治指标体系和考核标准构建应以习近平总书记为总书记的新一届党中央关于“法治中国”建设的新命题、新论断、新思想为引领，与“法治中国”建设目标、任务、要求保持高度协调一致。只有抓住了“法治中国”建设总任务、总目标这个“纲”才能发挥好法治建设指标体系和考核标准这个“目”的作用，真正做到“抓纲带目”，“以目护纲”。此外，坚持中国特色社会主义法治话语体系的基本立场，构建具有“中国特色、中国风格、中国气派”法治指标体系和考核标准的话语体系，发挥其对国际社会的积极影响，在国际法治指标体系和考核标准中注入“中国元素”。

2. 把握基本原则

全面与特色相结合。法治指标体系和考核标准既能评价执政党、立法机关、政府、司法机关法治化的发展水平，也能评价经济文化社会及生态文明法治化的状况；既能全面评价保障人权、维护社会公平正义的发展进程，又能全面评价保障民生、增进人民福祉的法治成效。客观与主观相结合。既能对法治建设的进程状况作出客观的评价，使其具有客观依据性；又能引导社会公众自觉参与法治指标体系建设，反映社会心理对法治建设的认知度，反映人民群众对法治建设的支持度与满意度，从而实现法治建设发展状况的客观依据性与社会公众对其主观认知性的有机统一。科学与简便相结合。既能全面、准确、科学地反映法治发展的现状和水平，又能在指标数量上做到少而精，使指标体系的宏观构建和微观设计科学明确。实用性与适用性相结合。既能满足现实需求，又能使考核方法、步骤、结果分析等方案具有适用性，做到实用与适用有机统一。可计量与可比较相结合。既能做到指标体系可计量、可操作，又能使指标体系在同一时期内对不同地区的法治建设状况进行比较排序，做到可计量与可比较的协调一致。

(二) “法治中国”指标体系的内容

法治指标体系所涵盖的一、二、三级指标是作为评价法治建设进程、状况、水平的“外壳”，其“内瓢”则是法治建设进程、状况、水平自身。“法治中国”建设指标体系的基准点是“三个共同推进”、“三位一体建设”，出发点是全面推进“法治中国”建设，落脚点是发展和完善中国特色社会主义制度，推进治理体系和治理能力现代化，保障全面建成小康社会，实现中华民族伟大复兴的“中国梦”。为此，“法治中国”指标体系的顶层设计可以概括如下：

“法治中国”建设指标体系（草案）一览表

一级指标	二级指标
<p>一、全面推进依法行政：党组织、党员领导干部依法执政意识明显增强；党委决策程序制度健全完善；党内民主制度建立健全；权力运行制约和监督体系健全完善；人大及其常委会依法行使重大事项的决定权力得到充分支持；依法选举任免工作进一步加强；中国共产党领导下的多党合作和政治协商制度坚持与完善；党的民族政策全面正确贯彻落实；基层民主建设得到加强；等等。</p>	<p>领导干部每年集中学习法律知识不少于40学时；党委（组）的决策权力界定科学明确；完善党委（组）重大决策的合法性审查和定期评估制度；健全党务公开制度；党务公开平台（平面、影视、网络）运行规范；健全完善干部考核、评价、选拔、任用机制；提高选人用人公信度；支持人大及其常委会依法立法、监督、决定、任免等；坚持党管干部原则与人大依法选举任免干部相结合；健全各民主党派、工商联、无党派人士代表参政议政制度；支持民族地区加快发展，政策措施落实到位；健全乡镇（街道）民主决策制度；等等。</p>
<p>二、全面推进科学立法：科学立法扎实推进；民主立法制度完备；依法立法严格规范；重点领域立法协调推进；民族自治地方立法有序开展；立法质量和水平明显提高；等等。</p>	<p>明确中长期（五年或十年）地方性法规的立法规划和年度立法计划；建立健全社会各界有序参与立法的制度；法律法规的创制要符合法定权限，地方性法规的内容要符合宪法法律规定，无违反上位法事项的发生；统筹经济、文化、社会、生态等各领域的立法规划；等等。</p>
<p>三、全面推进依法行政：推进依法行政的领导体制和机制健全；提高政府立法质量；规范行政决策程序；完善行政决策合法性审查和风险评估机制；加强重大决策全程跟踪反馈和责任追究；完善行政执法体制机制；规范行政执法行为；加强政府公共服务；推进政府信息公开；行政机关参与行政、民事、经济活动，必须依法行使权力（利）、履行义务、承担责任；等等。</p>	<p>建立健全国务院、地方人民政府依法行政目标责任制体系；健全行政法规、规章、规范性文件的定期（每1-2年）清理、修改、撤销、废止制度；建立健全国家或地方中长期经济社会发展规划、重点公共工程项目、公益事业建设举债与担保、“三机关一部门”（党群与权力机关、行政机关、司法机关、经济管理部门）楼堂馆所建设以及其他行政重大决策听证制度；建立健全重大政策、重大项目等决策事项的合法性审查和风险评估机制；等等。</p>
<p>四、全面推进经济、文化、社会和生态文明建设法治化：宏观经济调控依法规范；现代市场经济秩序健康规范；现代多元结构社会信用体系建立健全；文化建设法治体系基本形成；文化文物领域执法力度加大；网络文化建设和管理得到加强；人民满意的教育有效保障；劳动者就业和收入分配权益切实维护；城乡社会保障体系建设快速推进；社会治理法治化进程有序推进；生态文明法治建设得到加强；资源环境领域执法力度明显加大；等等。</p>	<p>规范和减少行政许可、审批事项；平等保护各类市场主体的合法权益；健全生产（投资）、流通（经营、经销）、中介（代理）、消费、进出口等环节统一高效的现代市场监管体制；健全现代信用体系法律、法规、规章制度；明确促进优势文化产业加快发展的规划；健全知识产权行政执法与司法保护的衔接机制；健全网络文化建设技术标准、质量认证标准体系；依法实施“科教兴国”战略和“人才强国”的中长期规划；健全劳动标准体系和劳动关系协调机制；健全全覆盖、多层次、保基本、可持续的社会保障体制；明确社会治理创新规划；健全节约能源资源和保护生态环境的政策体系；等等。</p>
<p>五、全面推进公正司法：排除干扰司法公正的制度建立健全，司法权威得到维护；中央司法体制和工作机制改革各项要求落实到位，实现司法公正、高效、权威的总体要求；严格执行程序法和实体法，司法质量显著提高；司法监督得到加强，监督效能明显增强；法律服务的人力和财力投入加大，实现法律服务网络全覆盖；等等。</p>	<p>健全党委对政法机关（审判、检察、公安、安全、司法行政机关）重大问题、重大事项的调研、报告、决策、监督的领导体制机制；健全审判机关、检察机关、公安机关、安全机关、刑罚执行机关相互制约、相互配合的司法权机制；健全审判公开、检察公开、警务公开、司法行政公开平台；健全刑事立案监督、侦查活动监督、审判与执行监督机制；等等。</p>
<p>六、全面推进依法监督：加强对权力监督的法制化建设，做到有权必有责、用权受监督、失职要问责、违法被追究；加强对各级党组织依法执政的监督，“以言代法、以权压法、徇私枉法”的行为得到有效遏制；加强各级人大及其常委会的监督，各种执法不严和严重违法</p>	<p>健全权力运行公开化、规范化、法制化监督机制；健全党组织领导干部述职、述廉与述法相结合的综合考评制度；健全法律、法规、行政规章等规范性文件审查、备案的监督机制；健全行政执法督察机制；党委就重大方针政策、重要事项、重要人事安排决策之前同各民主党</p>

<p>的行为得到纠正; 加强对各级政府依法行政的监督, 行政机关及其工作人员严格依法行使权力、履行职责得到督促和约束; 加强人民政协民主监督, 民主监督的质量和成效得到提高; 加强司法监督, 司法机关的职能得到充分发挥; 充分发挥工会、共青团、妇联等群众团体、其他社会组织和社会舆论的监督作用, 人民群众知情权、参与权、表达权和监督权得到依法保障; 等等。</p>	<p>派、工商联、无党派人士代表协商; 群团组织、其他社会组织和社会舆论监督协调制约机制建立健全; 等等。</p>
<p>七、全面推进全民守法: 领导干部学法用法机制健全、制度落实, 运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力明显增强; 行政机关工作人员开展法律知识培训考核实现制度化、规范化, 依法行政、依法办事的能力明显提高; 尊重法律、崇尚法律、遵守法律的氛围基本形成; 等等。</p>	<p>效果明显; 平面、影视、网络全媒体法制宣传形成合力, 运行到位; 健全法治(城市、县、市、区、单位)党委(组)理论学习中心组年度学习宪法法律内容、人员、时间、效果、考评“五落实”; 法律“六进”活动措施有力, 创建活动体系; 等等。</p>
<p>八、全面加强组织领导: 法治建设领导体制机制建立健全, 组织领导有力; 法治建设期规划科学、计划明确; 法治建设考核评价规范运行; 法治建设保障有力; 等等。</p>	<p>健全本辖区法治建设领导体制机制、议事与报告制度; 本辖区法治建设中长期规划科学, 年度计划明确, 措施有力, 责任落实; 辖区内督促、指导、协调、检查工作扎实推进, 成效明显; 结合本地区、本部门实际制定法治建设考核评价配套制度健全完善, 落实到位; 法治建设财政保障机制完善, 法治建设工作经费列入年度财政预算; 等等。</p>
<p>九、高度重视社会公众总体评价: 社会评价体制机制得到健全; 社会评价平台窗口建设规范; 公众对法治建设满意度客观公正; 等等。</p>	<p>公众参与法治建设评价的代表抽样率不低于辖区总人口的千分之一; 社会评价体制机制建立健全; 社会评价平台窗口建设到位; 等等。</p>

(三) 法治建设指标体系的考核标准和程序

1. 考核标准设计

考核标准是度量法治建设指标体系的标尺, 其设计应注重依据性, 即以“法治中国”建设指标体系为依据。考核标准设计要讲求可操作性, 即: (1) 明确界定组织协调考核的主体; (2) 采用以职能考核为主与社会公众评价相结合的考核方式; (3) 实行统一组织、分级考核条块结合的层级考核方式; (4) 按照法治建设指标体系一级、二级、三级指标设定考核基本分, 形成分值体系; (5) 将“全面加强组织领导”与“社会公众总体评价”纳入考核评价体系; (6) 明确考核加分和扣分事项; (7) 根据法治指标体系及考核标准实施进程, 定期发布“法治指数”。考核标准设计要注重实效性。考核标准应当分解为一级指标、二级指标、三级指标, 并设定具体分值, 使考核具有针对性、可测性、实效性。同时, 应明晰考核主体组织、指导、协调职责任务, 使考核工作形成“纵到底、横到边”的运行机制。考核标准设计要注重衔接性。考核标准应关照与法治建设相关内容的考核、评比、检查项目, 应与其他涉及法治建设考核内容的规范相衔接, 避免重复考核评比检查。凡涉及法治建设考核评比检查的事项应统一纳入法治建设指标体系, 实现考核结果资源共享。

2. 考核方式

考察当前中国一些省、市、地区法治建设指标体系模型的运行机理及评价标准, 其考核方式大多采用属地考核与上级考核相结合; 主管部门评价与行业评价相结合; 定性分析与定量评分相结合; 职能部门负责与公众参与相结合等方式进行。^①有的还探索邀请人大代表、政协委员、专家学者、新闻媒体和其他有关方面的代表参加。^②这种考核方式呈现出职能性、专属性、行业性、代表性、客观性

^①参见《湖北省法治县法治单位创建活动考评指导办法》第二条。

^②参见《广东省依法行政考评办法》第20条。

与主观性深度融合的多维结构，也反映出对法治建设考核的复杂性与专业性。

3. 考核程序

考核标准的程序设计可以遵循：（1）每年初制订下发区域年度法治建设考核方案，明确考核工作的具体事项；（2）被考核对象自查总结，形成年度自查报告并上报；（3）全面考核得出其层级考核的所得分值；委托专业调查机构开展社会公众抽样考核评价得出其所得分值；（4）考核主体根据考核情况，确定被考核对象的综合得分与考核等次，并书面通知或在区域内公告；（5）书面通知时附考核依据和理由；（6）设定救济机制，对考核结果有异议的可以提出一次复核申请。

4. 考核频次

可选择按年度实施一次或每两年实施一次的频次。

5. 考核公开

对区域法治指标体系实施考核的标准、过程和结果应当公开，接受社会监督。^①

6. 考核结果运用

考核标准可以明确规定将法治建设考核结果作为被考核对象负责人职务任免、职级升降、交流任用、奖励惩处的重要依据，凸显其实效性与创新性。

[责任编辑：伊 涛]

^①参见《广东省依法行政考评办法》第21条、第22条。

论财政体制与我国环境法的实施责任

——以丹江口市为例

高利红

(中南财经政法大学法学院 湖北武汉 430073)

内容提要: 财政体制是环境法的实施责任得以落实的核心保障,随着环境法实施压力的不断增加,政府之间根据生态关联建立起来的环境关系与现有行政区划的错位越来越普遍,法律实施导致的财政压力亦在一定程度上再次分配。如果财政工具配置不当,一方面会冲击政府的财政关系,另一方面也会导致环境法的实施不完全、不充分、不可持续。我国应该根据财政学上公共产品配置的一般原理,结合法律规定,具体划定环境法的实施责任,并据此配置财政工具,以确保环境法的实施责任得以充分兑现。

关键词: 财政体制 环境法 实施责任

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.03.002

一、问题的提出——环境法实施关键因素在财政体制

丹江口市是南水北调中线工程的主要水源地城市,其环境保护的状况对丹江口水库的水质有直接影响。根据《丹江口库区及上游水污染防治和水土保持的“十二五”规划》,丹江口市有5条河流(神定河、泗河、颍河、官山河、剑河)需要由劣五类治理成二、三类,污水处理厂的出水标准要由一级B提升至一级A。规划投资35.35亿元,截至2015年底完成了70%,5条河流的治理目前累计投入15.84亿元,中央资金投入2亿左右。此外,为保护水质,国家禁止在库区进行网箱水产养殖,因此地方贷款近

4亿元,将近2万渔民转移上岸,中央未进行资金上的支持和安排。^①与此同时,根据十堰市财政部门的核算,以静态算账,从2010年至2014年正式调水,累计减少地方税收30亿元以上,此外还有提高排污标准限制产业发展而流失的隐形税收损失。其中丹江口市因调水导致的直接损失是每年7161万元。^②在笔者的调查中,不论十堰市还是丹江口市,均对环境保护带来的财政压力深表忧虑,并一再表示,环境法的实施压力很大,当地群众对于调水而带来的负担增加很有意见。地方政府在财政收入锐减的条件下也很难满足法律实施的要求,法律的实效性难以保证。

作者简介: 高利红(1970—),女,汉族,河南孟津人,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。

本文为教育部重点基地课题“环境法律主体研究”(项目批准号:10JJD820006)的阶段性成果。

① 中南财经政法大学《财政支出与事权划分》课题组《湖北省“环保事权与支出责任划分”调研报告》。

② 数据来源于十堰市财政局提供的《南水北调中线工程涉及的税收及水资源分配建议(征求意见稿)》。

十堰和丹江口市的情况具有一定的代表性。环境法的实施责任与财政体制密切相关,财政体制甚至可谓环境法实施的关键保障体系。财政体制是对政府间财政关系的制度安排,核心是政府间不同层级的财政权力划分和支出范围确定。财权、事权和财力是财政体制的三要素。鉴于“谁掌握了钱,谁就掌握了权力”,从财政关系的角度来分析法律设定的政府环境法实施责任乃是一个透彻的关系视角。即使环境法学界早已鉴纳了传统法学的概念和制度分析研究理路,本文也希冀这一研究角度能够融入动态的过程分析和行为分析,期待其问题的能见度和解释的说服力表现出优于单纯的法律制度路径分析的悠长。

通常来说,财政体制与环境法实施的分析链条存在三个维度:国家、市场和社会,由此产生了复杂的网络化联系。鉴于市场维度和社会维度与国家维度在性质和逻辑上均甚为不同,本文拟单纯析出国家维度,即具体为政府间关系,而将其他两重关系另文探讨,以期集中主题,聚焦问题。换言之,以下主要从政府间财政关系的角度来对环境法实施责任展开分析,由政府间政治博弈核心关系的微妙变化开始,透过政治、经济与环境三种关系的互相关照,揭示出环境关系的规范化处理的必要条件,最终对财政关系的合理化和制度化提出具体要求。虽然本文的问题具有宪法性质,但本研究不拟陈义过高,而是限定在运用财政学和环境法学原理的基础上,在法技术层面予以厘定,以免打开一个过度争论的空间,影响问题解决的精确度。

二、政府间政治关系、经济关系和环境关系的三重变奏

(一) 政治关系主导:建国后至改革开放前

建国之初,政治关系主导了地方政府与上级政府之间的关系,经济关系被内化于政治关

系之中。这集中体现在中央政府是国家权威性价值的来源,通过政党的高度组织性和纪律性,借助在革命年代形成的政治动员^③方式,中央政府能够直接面对全国人民,采用诉诸情感的一系列活泼直白的宣传方式,依托有效的垂直控制体系,将中央政府的政治意愿传达至国家的每一个成员,形成大规模群众运动,中央政府也得以对地方政府实施严格控制。^④地方经济生产完全隶属于政治系统,从生产计划到物资调配,悉凭中央安排,地方政府几乎成为完全的执行者,在国家决策中作用甚微。

政治关系完全吸纳经济关系是该时期的特征。在政治挂帅、群众路线的方针下,经济活动内化于政治活动和群众运动之中,经济建设以会战的方式展开,经济成功成为意识形态胜利的证据,^⑤形成了一种独特的中国政治运动治理模式。申言之,政治关系不仅吸收了经济关系,还击溃了各种社会力量直接进行社会控制和整合,通过用“理论掌握群众”,实现“一马当先,万马奔腾”的效果,使历史上形成的政府官僚科层治理的模式几乎处于无效状态。

(二) 政治关系与经济关系的双重协奏:改革开放后至2012年

从广东和福建两省开始的改革开放使得地方政府成为组织经济建设的主体力量。改革开放后,我国创造了增长奇迹,就政治经济学的解释而言,地方政府功不可没,其寻求一切资源推动经济发展的热情世所罕见。一般认为,自上个世纪80年代财政“分灶吃饭”以后,地方政府从经济活动的管理者转变成成为经济活动和经济利益的主体。地方政府为增加地方财政收入千方百计地发展地方经济,形成了中国特色的“诸侯经济”。^⑥地方政府官员围绕GDP增长展开了激烈的“晋升锦标赛”,越来越多市场化水

③ 《中国小百科全书》对政治动员的定义为:一定的政治主体如政党、政治集团等,为聚集力量,实现某一政治目标而进行的政治宣传、政治鼓动等行为。

④ 关海庭《中国共产党的政治动员述论》,载《中共党史资料》2009年第2期。

⑤ 郭东峰《中共政治动员研究:以“工业学大庆”为例》,华东师范大学2010年硕士学位论文。

⑥ 沈立人、戴园晨《我国“诸侯经济”的形成及其弊端和根源》,载《经济研究》1990年第3期。

平高、经济发展快速的省级领导被擢升到中央决策部门,^⑦中央与地方的经济关系开始显性化。中央看重中地方在经济发展中的领导能力,一些地方的经验被总结提炼出来,最终成为全国性政策。地方政府在政策形成中的作用明显增强,在国家治理中的权威性也相应提升。虽然GDP的贡献不是地方官员晋升中的唯一因素,并且也有一定的限制性条件,但显然是主要因素。^⑧伴随改革开放之前的政治动员模式在国家治理中的作用弱化,政府权威的形成增加了一个新的核心要素:经济发展。

(三) 环境关系的强势凸显: 2012年以来

生态文明建设占据了2012年中共十八大报告的很大篇幅,提出了优化国土空间开发格局、全面促进资源节约、加大自然生态系统和环境保护力度、加强生态文明制度建设四个主要建设领域,之后从深化改革领导小组到国务院均制定了一系列规范性文件,将生态文明建设制度具体化,从而使得政府间的环境关系开始呈现出强劲上升趋势。鉴于2015年正式实施的《环境保护法》之严历史无前例,地方政府的实施能力正面临着巨大考验。与此同时,《大气污染防治法》于2015年8月修订通过,《水污染防治法》业已纳入修订计划,《土壤污染防治法》在制定之中。中央深化体制改革组第十四次会议通过的《环境保护督查方案(试行)》《生态环境监测网络建设方案》《关于开展领导干部自然资源资产离任审计的试点方案》《党政领导干部生态环境损害责任追究办法(试行)》等更是增加了制度的政治性

约束,对于此前习惯了“GDP锦标赛”的地方政府负责人来说,新的压力急速迅猛、势不可挡。

一些省份或城市,比如2014年后的河北,环境保护甚至有压倒经济发展之可能。地方政府为完成国家下达的环境治理目标不惜牺牲经济增长,承受经济失速之苦。河北省2014年GDP增速为6.5%,低于7.4%的全国平均速度,在各省排名中位居倒数第三。^⑨这个增速也低于河北2013年的8.2%的增速,且没有完成2014年增速8%的河北省既定目标,其中第一季度增速仅为4.2%。有分析将之归因于环境保护成为主要工作,在中央的环保高压之下,河北不得不放弃传统高污染、高排放产业。^⑩河北的做法并非个别现象,山东临沂市长在接受环保部约谈之后,关停57家企业,引发千亿债务危机,数万人失业。^⑪郑州市展开的雾霾阻击战,市委书记和市长领衔,开展“承包蓝天”的行动,^⑫分片包区督导大气污染治理。其措施之仓促,几成笑话。

地方政府的转变带有很大的被动性,但就具体行动而言显属政府主要负责人有意为之。由原来孜孜以求在“GDP锦标赛”中获胜,到现在高度关注环境保护的成效,变化不可谓不显著。虽然一些地方政府的做法尚不得要领,对实施环境法的经济和时间成本估计不足,致使执法可持续性有限,甚至不乏作秀之嫌,但其要求之迫切、行为变化之迅疾已然为公众明显感知。这在一定程度上揭示了在地方政府的主要

⑦ 周黎安、李宏彬、陈烨《相对绩效考核:关于中国地方官员晋升的一项经验研究》,载《经济学报》2005年第1卷第1辑。

⑧ 徐现祥、王贤彬《晋升激励与经济增长:来自中国省级官员的》,载《世界经济》2010年第2期。

⑨ 高于山西省和辽宁省。

⑩ 《外媒称河北为治污付代价:首季GDP增速降至4.2%》<http://china.cankaoxiaoxi.com/2014/0428/381115.shtml>,访问日期:2015年10月20日。

⑪ 《山东临沂回应关停污染企业后数万人失业》<http://news.sina.com.cn/c/2015-07-02/235432063872.shtml>,访问日期:2015年10月20日。

⑫ 《郑州为好空气放大招:市领导分片“承包”蓝天》<http://www.zyjjw.cn/news/ms/2015-06-15/239897.html>,访问日期:2015年10月20日。

负责人谋求政治影响力、提高政治显示度和话语权的新手法上,环境保护的成效已然成为具有重要意义指标。

三、政府间环境关系的制度化及其特征

2015年9月颁布的《生态文明体制改革总体方案》中有两处提到空间规划,要构建以空间规划为基础、以用途管制为主要手段的国土空间开发保护制度,构建以空间治理和空间结构优化为主要内容,全国统一、相互衔接、分级管理的空间规划体系。由此可见,未来我国环境法的实施,主要切入点为空间规划。前已分

析指出,政府间环境关系是对政府环境保护职责的分配和再分配,其中再分配主要由区域保护类制度来进行。在以空间规划为核心要素的区域性保护制度中,行政区划的因素退居次要地位,区域内的政府完全是基于环境因素而建立联系,为某个环境保护目标形成新的横向或纵向关系。梳理我国的环境法体系,不难发现此类制度已蔚成体系,至少包括主体功能区制度、生态功能区划制度、流域管理制度、大气污染联防联控制度、自然保护区制度等,整理如下表:

表一 我国主要区域性管理制度^⑬

制度名称	法律依据	发布单位及时间	空间范围	时间范围	制度设计依据	涉及政府层级	是否跨越现有行政区划
主体功能区制度	《全国主体功能区规划》《全国海洋主体功能区规划》	国务院 2011年、 2015年	全国陆地空间及内水、领海	到2020年	资源环境承载能力、现有开发强度和发展潜力	中央及县级以上地方各级	是
生态功能区划	《全国生态功能区划》	环保部 2008年	内地31个省级行政单位的陆地	2008年起	以生态系统的主导服务功能为主,综合考虑区域相关性和协调性	中央及县级以上地方各级	是
流域管理制度	《水法》第12条、《水污染防治法》第15条	全国人大常委会 2002年	涵盖全部国土面积	2002年起	以流域为生态单元	中央及县级以上地方各级政府	是
重点区域大气污染防治制度	《大气污染防治法》第5章、《重点区域大气污染防治“十二五规划”》	全国人大常委会	京津冀、长江三角洲、珠江三角洲等19个省、自治区、直辖市	2012年起	大气污染的区域性特征	中央及县级以上地方各级	是
自然保护区制度	《自然保护区条例》	国务院 1994年	全国国土面积的15%左右	1994年起	生态系统的整体性	中央及县级以上地方各级政府	是
国家公园制度(含地质公园、森林公园、湿地公园等)	《国家级森林公园管理办法》《国家湿地公园管理办法(试行)》《城市湿地公园管理办法(试行)》	国家林业局 2011年、国家林业局 2010年、 建设部 2005年	分布在全国各省区	2005年起	生态系统的整体性	中央及县级以上地方各级政府	是

⑬ 表格根据既有规范性文件及法律法规整理。

除表中列出的,相关区域管理制度还包括总量控制制度、区域限期达标制度等,国内也有研究认为生态红线也是区域管理制度。^⑭此外,笔者认为,南水北调、西气东输类跨区域自然资源的调配,其实质也是对自然资源的空间规划,围绕工程形成了复杂而深入的环境关系。鉴于篇幅所限,此处不赘。

由上观之,我国政府间的环境关系正通过以上区域性制度进行重塑,具体特征概括为:

1. 政府间的环境关系正逐步法律化。通过一系列的制度,政府之间基于环境保护要求进行的职责分配和沟通途径等已渐次具有规则依据和程序保障,比如《大气污染防治法》规定:重点区域内有关省、自治区、直辖市人民政府应当确定牵头的地方人民政府,定期召开联席会议,按照统一规划、统一标准、统一监测、统一防治措施的要求,开展大气污染联合防治,落实大气污染防治目标责任。国务院环境保护主管部门应当加强指导、督促。

2. 地方政府在环境关系建构过程中自主性较低。地方政府在选择相关横向政府时几乎没有自主性,完全由中央政府在相关政策中依据科学或生态学原理、结合地区发展的经济状况来确定。比如根据《京津冀及周边地区落实大气污染防治行动计划实施细则》的规定,山西省、内蒙古自治区、山东省也被划定为周边地区,这与此前国务院的《大气污染防治行动计划》相比,范围明显增加,山西省由原来的中北部增加到全省,内蒙和山东则为新增地区。《实施细则》由环境保护部、发展改革委、工业和信息化部、财政部、住房城乡建设部和能源局联合发布,径行变更国务院划定的区域范围的做法耐人寻味。

3. 生态关联是政府间环境关系的建立依据,环境保护责任是主要内容,是在生态区域内的环境法实施责任的再分配。依据《环境保护法》第6条规定,地方各级人民政府应当对本行

政区域内的环境质量负责,而区域环境保护制度实际上要求相关的地方政府对本区域的环境质量负责,具体职责的分配很可能超出了当地本应承担的范围。

四、财政体制与环境法的实施之相互影响

(一) 环境法实施对财政体制的影响

1. 环境保护考验财政体制。地方政府与中央政府的关系从政治关系过渡到政治关系与经济关系并重之后,财政关系即成为核心关系。环境关系地位的上升势必严重影响改革开放以来、尤其是1994年分税制之后形成的财政关系。申言之,财政关系不调整,地方政府和中央政府的环境关系将遭受巨大的结构性冲击。

财政关系是政治关系和经济关系两个集合的交集,既是政府间的经济关系,又是政治关系,是“财”与“政”的共同关系。虽然将财政关系界定为“政府所进行的经济活动”有失宽泛,倒也符合我国政府广泛参与经济活动的特征。国外一些财政学的研究文献着力分析了我国的财政分权对环境污染的影响,有不少研究指出,财政分权程度与环境污染呈现正相关,也就是说,财政分权程度越高,地方的财政支出比例越大,污染越严重。笔者认为,这些富有启发的研究多出现在环境关系不够重要的2012年之前。前已述及,2012年之前,中央与地方的关系主要是政治关系和经济关系,比较集中的观察点当然是财政关系,此种观察研究采用了单项视角,看到了财政体制的环境污染后果,未能注意到环境法的实施压力提升后随之而来的财政体制压力。

2. 环境法的实施成本超出地方财政资金支持能力。以丹江口为例,由于南水北调关停了,不少企业,2013年该市财政收入168529万元,同比下降34.7%,与此同时,环境保护的支出却大幅上升。除了本文开篇提及的水源地污染防治的资金缺口外,水土保持方面“十一五”期间共支出1.6个亿,中央承担50%,地方政府

^⑭ 笔者认为,生态红线属于一种生态保护的总体控制策略,目前尚未进入制度层面。

配套50% ,具体到丹江口市则配套1000万左右。“十二五”期间,中央投入额度下降,为完成2014年任务,丹江口市举债5000万。根据《丹江口库区(丹江口段)及上游水污染防治和水土保持“十二五”规划实施方案》,水污染防治方面共有七大类51个项目,资金总投入为6.44亿,所有项目须2015年6月底全面完成建设任务,最终只有20个污水垃圾项目和一个水保项目国家安排了资金。其他项目,诸如排污口整治、库区生态隔离带建设、点源污染治理、地方水污染治理能力建设等资金均无着落。此外,项目的实施过程需地方自筹资金配套,比如污水垃圾项目,国家承担84%,地方需配套16%;水保项目国家承担80%,地方需配套20%，“十二五”规划中总共需要地方配套1个亿。设施建设完成之后,每年的运行维护费用也由地方承担,而丹江口市财政能力显然无法与这些要求匹配。^⑮

3. 环境法的持续严格实施对地方财政未来之影响。地方政府为实施环境法、落实环境保护责任投入的巨大资金与将资金投入基础设施不同,后者具有盈利能力。基础设施的盈利周期虽然比较长,但在政府作为隐形担保的前提下,民间资本积极性非常高。环境保护投入则判然有别,大部分为履行环境保护职责实施的工程性措施不具盈利能力且后续运转费用高昂,民间资本进入意愿低。少量水污染治理类的工程采取了市场化操作,微利经营。在水污染防治费收取困难的情况下,地方政府常常拖欠污水处理厂的処理费。丹江口市发生过由于政府该划拨的污水处理费迟迟不能到位,污水处理厂停止运行、险些酿成重大污染事故的先例。

相应的,地方政府环保融资也遭遇较大困

难。丹江口市目前主要采取政府借债的形式补助环保工程建设和运行费用,未来偿还风险巨大。由丹江口市的情况可以看出,环境法的实施一旦使地方财力的透支超出一定程度将引发多种风险,倘若扭曲超出一定阈值,或将危及国家治理的整体秩序。

(二) 政府间财政体制对环境保护职责履行之影响

环境法实施中建构起来的政府间环境关系,其内容实是环境保护职责的分配和再次分配,这对现有以行政区划为单位确立的财政体制构成的挑战是显著的。究其实质,是以生态单位为主要依据的区域范围与现有的行政区划不一致。以区域为单位对内分配环境保护任务,地方县级以上政府必须重新衡量本地财政能力与环保任务的匹配度。前已述及,由于财政能力严重不足,环境法的实施面临不充分和不可持续的问题;又由于环境保护责任再次分配缺乏清晰指标衡量,公平性难以保障,地方政府将滋生怨言,对实施环境法的动力产生负面影响。以下分述之。

1. 环境法实施完全性、及时性受限。仍以丹江口为例,目前丹江口水库水质良好,经过长期高强度治理,丹江口环境状况总体上有所改善,^⑯但依然存在诸多问题和隐患。除前面提到的水土保持目标实现困难、工业污水和生活污水的处理存在严重问题,污水处理厂建设未能完全到位外,正在使用的7个垃圾填埋场中仅有1个配套建设渗滤液处理设施,这归功于国家发改委批准立项时对渗滤液处理设施的配套建设在资金上做出了具体安排,其他6个垃圾处理厂均无渗滤液处理设施,地方政府缺乏配套能力,只建了调节池收集渗滤液。但是渗滤

^⑮ 在丹江口市调研期间,笔者曾问当地财政局的某负责人:既然财力严重不足,群众又十分抵触,为何不等等看,也许能赖过去?得到的答复是:市里主要领导人的政治责任太大了,要求我们不惜一切代价,想办法融资也要把事情办好。

^⑯ 刘远书、高文文、侯坤、杨益《南水北调中线水源区生态环境变化分析研究》载《长江流域资源与环境》2015年第3期。

液超出了污水处理厂可以接纳的标准,污水处理厂拒绝处理,实际上造成了严重的二次污染。根据2008年我国颁布的《生活垃圾填埋场污染控制标准》(GB16889-2008)的规定,丹江口市现有的垃圾填埋场实际上还有诸多不达标之处。^{①7}

丹江口市农业面源污染治理也进展缓慢,入库河流总氮、总磷均严重超标。^{①8}在农业面源污染中,种植业占农业面源污染总负荷达到了57.79%。^{①9}生态农业是解决种植业面源污染的主要方法,但丹江口市的财政状况暂无能力支持传统种植业向生态农业的转型。

总而言之,就丹江口市的情况而言,地方财力不足已经严重损害了环境法实施的充分性和及时性。

2. 环境法实施的持续性缺乏保障。丹江口市在实施工程性保护措施时,通过财政转移支付而获得的资金往往限于工程建设,后续运营资金没有财政转移支付资金持续支持,在一定程度上造成了工程运行困难、极端情况下甚至无法运转的情况。随着丹江口市财政收入的减少,未来环保投入更加困难。在举债方面丹江口市也举步维艰。根据湖北省财政厅下达的计划,2015年新增地方债券资金转贷额度仅为4650万。总体而言,依赖丹江口的地方财政确保环境保护的工程性措施良好运行显然非常困难,环境法实施的持续性堪忧。

3. 地方政府实施环境法内驱力不足。财政体制是政府间利益关系的集中体现,在环境保护职责的履行过程中,一些地方政府认为其在与中央政府和其他地方政府的关系中被倾轧、

被剥夺,从而对提供逸出本地效应的良好环境产生抵触,尤其是在得不到有效补偿的情况下,甚至产生竞争性破坏的冲动。再以丹江口市为例,为确保库区水质需要取缔网箱养殖。仅丹江口一市就有11万个网箱,渔业年损失6.8亿元,一时间渔民苦不堪言,上万农户生计无着。丹江口市财政虽然决定垫资2亿元解决渔民拆除网箱的补偿问题,但对中央转移支付资金能否到位没有把握,对渔民的生存压力也甚为忧虑。^{②0}

总而言之,环境法的实效性是环境法的实施与财政体制互动关系的必然结果,应充分考虑地方政府履行环境保护职责的财政能力。依赖不连续之政治压力,在财政支持不能的情况下,环境保护免不了虎头蛇尾、不了了之,环境法的实效性亦会沦为镜花水月。

五、其他主要国家的环境法实施责任与财政体制之关系特征

美国联邦的职责中包括对环保、能源、农业等进行资助。美国联邦政府一半的财政支出为转移支付,其中10%为无条件拨款,作为各州分享国家发展的补助金,其他为附条件拨款,用以对政府优先目标的支持,州政府和地方政府均可获得。拨款依据项目法案规范运作,一般情况下三分之一归州政府,三分之二归地方政府。根据美国法律规定,环境保护主要是各州的职责,联邦主要承担跨州的环境保护并补助,对国家的优先目标予以辅助性资助。在环境保护法的实施中,州政府及地方政府对环境治理和改善的公共投入往往考虑到逸出效应,也就

^{①7} 标准规定生活垃圾填埋场应包括的主要设施为:防渗衬层系统、渗滤液导排系统、渗滤液处理设施、雨污分流系统、地下水导排系统、地下水监测系统、填埋气体导排系统、覆盖和封场系统。

^{①8} 李莉、潘坤、丁宗庆《南水北调丹江口库区水源地面源污染状况分析》,载《资源节约与环保》2014年第11期。

^{①9} 张小勇、范先鹏、徐芳森、甘小泽、范修远、董文忠《丹江口库区湖北水源区农业面源污染现状调查及评价》,载《湖北农业科学》2012年第16期。该研究显示,水产养殖业源占农业面源污染总负荷14.91%;农村生活污水为14.25%,畜禽养殖业为13.05%。

^{②0} 《丹江口库区痛别网箱,养鱼人上岸面临阵痛》,http://www.cnhubei.com/xwzt/2014/nsbdhbx/201410/t3081256.shtml;《水源地丹江口:库区告别网箱时代,在割舍中再出发》,http://news.cnhubei.com/xw/hb/sy/201411/t3103285.shtml,访问日期:2015年10月20日。

是通常所说的外部性。为此,环境保护投入的效益溢出方要求其他受益方提供补贴或补偿,由此建立起一种横向财政关系。这不是对具体纳税人的关系,而是一个辖区作为一个财政单元与另一个财政单元的关系,常常作为例证的美国特拉华州流域委员会即是。

德国的财政实行高度集权、财政均衡模式(纵向和横向均衡)。职责划分为三级:联邦、州、地方。联邦主要承担国防和社会福利,环境保护属于共同职责。纵向财政均衡目标是各州的财政能力达到平均值的92%,横向的财政均衡(富裕州向贫穷州拨款)使各州财政能力不低于平均值的95%。其中能源、海洋等领域的高科技研究属于联邦职责,增进海岸防护、水电能源供应则属于地方职责。对于联邦事权,联邦享有单独立法权,联邦已经有立法的,州无权另外立法。若联邦没有立法,州可以立法,一旦联邦立法,则联邦法律有优先权。来自联邦委托的事项,其财政负担全部由联邦承担,但需专款专用。对于共同职责,联邦和州协商支出比例。联邦有义务协助没有财政能力的州完成相应任务,协助州完成相应任务时财政承担的比例视项目情况而定。比如对于改善农业结构,联邦承担60%;对海岸保护,联邦承担70%。

俄罗斯作为转型国家对我国也不乏借鉴作用。研究表明,根据《俄罗斯联邦地方自治机构基本原则法》(2003年修订)在矿产资源、水资源和森林资源再造方面,联邦承担89%的支出责任,地区一级承担11%;环境保护方面,联

邦承担29%,地区承担56%,地方承担15%。^①

此外,印度虽然不属于西方发达国家,但鉴于印度和中国均属于人口超过10亿的发展中国家,有些做法也值得关注。比如,在联邦制印度,环境和公共卫生以及向居民提供安全的饮用水等职责属于邦以下的地方政府,但地方政府的财政能力极为有限,严重依赖邦和联邦政府的转移支付。

从世界范围来看,发达国家的财政纵向分权程度要高于发展中国家,^②地方政府在提供环境保护类的公共服务中态度更加消极,但其环境保护的职责一般遵循法律的规定。环境保护作为典型的公共物品,发达国家地方政府辖区内的公民通过公共财政支出的安排来保证自己满意的环境质量,其财政能力和环境法实施的矛盾并没有我国突出。

六、基于环境法实施责任的财政体制之调整和完善

(一) 分级财政要求对环境法分级实施

我国目前实施的分级财政体制与改革开放前的“统收统支”相对应,是按照税种和企业的行政隶属两个标准来划分税收收入,支出的标准则是公共产品的提供。^③政府在政治体系中的地位不是财政支出的主要依据,因此分级财政体制首先要解决不同层级政府的职责划分问题。

政府层级职责划分的主要原则是公共产品的层次性和供给有效性。公共产品按照受益范

^① 俄罗斯在财政体制上分为三级,第一级是俄联邦财政;第二级是地区财政,包括联邦所属各共和国、州、边疆区、自治州和自治区、直辖市财政;第三级是地方财政,即各地方自治实体财政。支出比例数据来源于崔运政《财政分权与完善地方财政体制研究》,财政部财政科学研究所2011年博士学位论文,第50页。

^② 奥茨(Oates)1985年对43个国家的财政分权状况进行了研究,得出结论:18个工业化国家的平均分权率为35%,25个发展中国家的平均分权率为11%。之后,不断有研究验证这一结论。参见崔运政《财政分权与完善地方财政体制研究》,财政部财政科学研究所2011年博士学位论文,第19页。

^③ 公共产品(Public goods)与私人产品(Private goods)相对应。私人产品只能提供给付费的消费者,具有排他性和竞争性,主要通过市场购买。公共产品指的是那些不能由私营部门通过市场提供的产品——纯粹的公共产品具有非竞争性和非排他性特征。非竞争性意味着增加一个消费者对公共产品的消费,不会影响到其他消费者对公共产品享用的食量和质量,比如国防安全、灯塔等。非排他性是指无法或很难将不愿意付费的消费者排除在公共物品的消费之外。由于非竞争性和非排他性,公共产品无法通过市场有效供应。

围可以分为全国性公共产品、准全国性公共产品、^④区域性公共产品和准区域性公共产品。区域性公共产品常常有外溢效果。由于本文仅限于讨论政府间的财政关系,不涉及环境法的实施责任与社会和市场的关系,下文的分析对公共产品和准公共产品不做区分,留待另文阐述。

显然,全国性公共产品和准全国性公共产品的提供属于中央政府的责任,而区域性公共产品和准区域性公共产品的提供属于地方政府的责任。具体而言,具有全国性效应的环境保护制度的实施应该由中央政府负责;若其效应限于某一地方,则其职责应由该地方承担。据此我们可以画出环境职责的立体图景,将环境保护的职责在空间上予以确定。当然如果考虑时间因素,有些环境保护职责在短期内看是一个空间范围,长期看则属于一个更大的空间范围。

有研究认为,在改革开放以后我国形成了市场维护型财政联邦制,^⑤典型作用是推动经济

增长。地方在追逐经济增长的过程中,通过制度实验发现了成功转移风险(包括环境保护风险)的机会,最终将积累的各种风险转移给中央财政承担。比如地方政府审批建立污染严重的钢铁公司,严重污染了大气,但最后竟然由于企业“太多而不能倒闭”,其中尤以影响宏观经济稳定的项目为甚。在此类项目上地方政府高度倾向选择高风险项目,这加剧了潜在债务。这是典型的地方向中央转移公共产品供给的模式,在制度规划时需格外关注。

此外,需要特别注意的是,全国性公共产品的供给虽然属于中央职责范围,但不一定要由中央政府统一组织生产,对于那些交由地方组织实施效率更高的,比如生态公益林的保护,即应该由地方实施,当然中央政府应承担财政支出责任,换言之,委托地方完成的事项,由委托方负担费用。

根据以上两条标准,结合我国环境法的规定,分类列表如下:

表二 环境保护职责划分及实施主体确定

	中央职责	地方职责	中央及地方共同职责
中央 实施	环保重大科技研发		制定环境标准
	涉及国防安全的生态区域保护		
	涉及民族关系的生态区域保护		制定环境保护规划
	全国性监测网络建设		
	全国性环境保护产业政策制定		
核污染防治	放射性污染防治		
地方 实施	国控监测站点建设及运行	水污染防治	跨区域环境治理及生态建设
	国家级生态公益林保护	固体废弃物处理	
	重点生态功能区保护	噪声防治	
	跨越国境的生态建设项目	大气污染防治	流域环境保护
	国家重大环境修复项目 (退耕还林等)	自然资源保护	
		城市环境综合整治	
农村环境综合整治			

^④ 准公共产品是指具有非竞争性的准公共产品和具有竞争性但具有非排他性的公共产品。具有竞争性但具有非排他性的公共产品是拥挤性公共产品,随着拥挤的出现,边际成本由零变为正数。具有排他性但非竞争性公共产品指的是其效用可以为全社会共享,但技术上可以实现排他,可以通过定价将不愿意付费的人排除在受益范围之外。比如公园、教育等。参见海曼《公共财政:现代理论在政策中的应用》(中译本),中国财政经济出版社2001年版,第4章。

^⑤ 参见王守坤、任保平《财政联邦还是委托代理:关于中国式分权性质的经验判断》载《管理世界》2009年第11期。

(二) 根据环境法的实施责任配置财政工具

表格中的环境法实施责任和主体确定主要依据公共产品的属性和收益范围进行分类。一般而言,凡是中央政府应该实施的环境保护职责,由中央财政安排资金;凡是地方政府承担的环境法实施责任,由地方财政承担资金。

需要特别说明的是,原本应由地方承担的实施责任,如果由于地方财政能力不足,基于公共服务均等化的公平性要求,应通过财政转移支付给地方。此部分转移不应设定具体要求,其支出方式和使用规则交由当地自行决定,比如农村环境综合整治。鉴于我国城乡差别的历史性原因,农村长期以来过度负担国家工业化和城市化的成本、城乡差别巨大、农村基础设施薄弱、贫困人口比例高,虽然农村环境综合整治原则上属于地方的环境保护事项,但国家应该通过财政转移支付给予支持。诸如此类基于公平性要求进行的财政转移支付,原则上不应设定具体使用限制,也就是不再设定专项转移支付,而是采取一般转移支付来完成。

由于我国对于税收权力实行立法保留,《立法法》第8条规定“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”只能制定法律,由全国人大行使立法权,国务院只有在全国人大授权之下才可以就税收立法中没有规定的事项制定行政法规。地方政府没有税收的立法权,没有可能实现税收自主,地方财政工具的配置空间非常有限,主要依赖分税制来进行税收的分配。笔者期待正在立法进程中的《环境税法》能够在一定程度上缓解地方财政工具配置不足的问题。

根据《国务院关于改革和完善中央对地方转移支付制度的意见》(国发[2014]71号)、《2012年中央对地方国家重点生态功能区转移

支付办法》(财预[2012]296号)及《2012年中央对地方均衡性转移支付办法》(财预[2012]300号),环境保护标准财政支出,在环境保护类下,除污染防治外,均据实计算。^⑥此类规范性文件已经大大降低了财政转移支付的随意性,但由于未能根据环境法确定的实施责任来匡算,其科学性和法理支持度仍然有限。

七、结论

要保障环境法的实效性,必须清理环境保护在各级政府中的具体职责并给予其相应的财政工具,使其具备与职责匹配的财政能力。也就是说,应根据职责的划分确定财政支出的数额,然后根据财政的支出额来安排财政收入的来源和结构,其中包括本地常规的财政收入、上级政府的财政转移支付,举债的权力在一定程度上也可以作为财政权力的组成部分。各级政府的政治重要性不再成为财政收入分配的依据,划分财政收入的根据是其法定职责;政府获取财力不是因为国家的政治生活中如何显赫,而是因为其基于法律授予的职责必须履行。果能如此,诸如丹江口市之困难也就迎刃而解了。

根据法律规定的实施责任配置财政权力是法治国家的应有之意。目前我国在环境法实施责任划分过程中,中央政府的随意性大。凡是中央觉得比较严重的问题,就收归中央处理,国家安排资金支持;凡是交由地方实施的,中央负责考核监督;凡是想要管理但精力不足的,委托地方实施。如此一来,地方政府通过多年制度性试验,尽力争取把问题扩大并上交中央,出现了国家财政为部分地区特别实施法律买单的现象,引起了地区性不平等。如果能够采用本文的划分方法,根据环境法实施的内容、性质和受益地区范围,分类分层确保法律得以实施,

^⑥ 污染防治标准财政支出 = $\sum_i (\sum_j (\text{环境保护实际支出} - \text{污染防治实际支出} + \text{单位cod排放污染防治费用} \times \text{cod排放量} \times 70\% + \text{单位二氧化硫排放污染防治费用} \times \text{二氧化硫排放量} \times 30\%))$, 单位cod排放污染防治费用 = 该级次污染防治费用 / 该级次cod排放总量, 单位二氧化硫排放污染防治费用 = 该级次污染防治费用 / 该级次二氧化硫排放总量, i = 省本级、地市级、县级, $j = 0, 1, 2, \dots$ 该级次行政单位个数。此外还规定了林业和水利的财政转移支付测算方法。

则可以从根本上避免推诿、拖延及区域不平等
问题。环境法的实施责任是法技术问题,其源

头却是宪法性问题 相信随着法治国家的建设,
最终有望得到根本解决。

On Financial System and the Responsibility for Implementing China's Environmental Law: Taking the City of DanjiAngkou as an Example

Gao Lihong

Abstract: Financial system is the core of responsibility for implementing environmental law. As the pressure to implement environmental law continuously bounces up and down, the dislocation between environmental relationships established among governments on the basis of ecology association and the existing administrative division is becoming more and more common. In the same time, the financial pressure caused by the enforcement of law has been relocated to some extent. If financial instruments allocated improperly, it will not only impact governments' fiscal relationship, but also lead to imperfect, inadequate and unsustainable implement of environmental law. The responsibility for implementing environmental law should be specifically delineated according to the general principles of public goods in the subject of finance and fixing to the law, and, accordingly, financial instruments be scientifically allocated, in order to fully and comprehensively implement environmental law.

Keywords: financial system; environmental law; responsibility of implementation

(责任编辑:李 辉)

法学人才培养目标的反思与定位

高利红

当下我国法学人才培养存在哪些问题?面临哪些机遇和挑战?对这些问题的解析需要回到大学本身的目标。在回溯大学目标的源流的基础上,追问如何对人才培养的目标进行确认和超越。我国现行《高等教育法》要求培养具有实践能力和创新能力的人才,其核心要点何在?在全球化的时代,法律人的价值与实现当有一个最终的落脚点。于此,应当反对把法律人才培养成一个法律的螺丝钉的观点——显然,螺丝钉仅仅是工具,不是人才。

我国《高等教育法》第五条规定“高等教育的任务是培养具有创新精神和实践能力的高级专门人才,发展科学技术文化,促进社会主义现代化建设。”循着这一思路的理论研究成果汗牛充栋,实践中评价体系也细密严格。时下最大的误解是大学的法学教育按照流水线模式,把学生塑造成一个个标准件。为此建立了标准化的课程、设定了标准化的知识模块,最终还有标准化的就业率来评价。这样一个体系化而且非常细致的评价框架使得各个大学的法学院能够做什么、能够在多大程度上培养时代真正需要的法律人才,在某种程度上成为一个非常难以回答的问题。坦言之,用就业率来评价,把法科的学生培养成法律的螺丝钉是对法律人才培养目标的一个误解。令人不无忧虑的是该误解被反复演绎且已有诸多成果来保护其继续存在。

回顾大学的目标是思考问题的可靠资源。回望中世纪的大学,探索和发现真理是其首要追求,概而言之,知识的探索路径是寻求自然世界和超验世界的对应关系。中世纪的大学在寻求真理的过程中左冲右突,一方面与教会的势力作斗争,另一方面与政治势力周旋,在艰苦卓绝的发展历程中奠定了大学自治和学术自由的基础。近代大学的精神则发端于康德的《学部冲突》中的论述,后来洪堡在此基础上有所阐扬。作为德国的文化和教育部长的洪堡有着非常精采的论述“就总体而言,国家决不能要求大学直接地和完全地为国家服务;而应当坚信,只要大学达到了自己的最终目标,它就实现了,而且是在更高的层次上实现了国家的目标”。由此大学的任务被概括为探求真理和培养人才,而人才培养的目标是要塑造完美之人、完整之人。进入到现代,大学进一步世俗化,几乎演变成多元价值的超市、知识的超市,甚至有主张认为大学有消费的价值,学生可以任意取用想要的知识和服务。新的表述将现代大学呈现出的这一特点概括为“多元化社群共同体”。显然,现代大学的此种定位较之以前更加实用主义,甚至沦为庸俗。大学的目标应该回归到培养完整的人,同时又超越中世纪的“完整的人”。其实在现代大学讨论该问题时,可以用职业教育和通识教育的矛盾来呈现:完整的人到底是以职业教育为核心体系,还是以通识教育为核心体系。欧美大学有过反复,也经历了多次改革,付出了高昂的代价。完整的人是不是就无需职业技能而纯粹是博雅教育呢?深究之下不难发现,完整不是抽象的,而是具体的,应在职业技能的基础上培养自由精神。由此观之,评价体系亦应如此设定,不应把职业技能独立作为评价标准,职业技能是完整之人的必要条件而非充要条件。

作者简介:高利红(1970-),女,河南洛阳人,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师,法学博士。

就法学人才培养的具体目标而言，兼具实践能力和创新能力方可谓完整之人。实践能力是指法律人通过法律知识、法律技能来实际解决法律问题，并由此来影响和塑造社会的一种能力。实践能力的终极目标不是为了实践而实践，也不单纯是为了社会，而同时是为了发现法律人自身的价值。实践能力的实现就是法律人自身价值的一种实现。需要在人和社会的辩证关系中把握法律实践和法律人的实践能力，法律螺丝钉是社会价值对个人价值的淹没的结果，曾流弊无穷，于今尤甚。实践能力又可以归结为七个核心能力：对法治社会状况的认知和适应能力；对法律问题的识别与提炼能力；专业沟通能力；法律事实的探知能力；专业自主学习能力；法律外语、法律检索等工具能力；程序操作和驾驭能力。

其次是创新能力。创新能力是法律人发现新问题、运用新方法、形成新评价和规则的能力。创新能力使法律人在实现社会价值的同时实现自我价值，在马斯洛的人的价值等级里，创新能力是一种高等级价值，能够带来极高的幸福感。创新是对社会的一种再发现，再塑造，再进入，再评价。法律人的创新能力如何体现呢？怎样发现新问题？怎样形成自己独特的体验？怎样建构新的规则？怎样形成新的评价？这里有五个步操作法：明确问题、探索问题、拟定计划、执行计划和回复总结。

法律人才的培养还面临着很多的挑战，需要避开暗流、削弱逆流，在捍卫价值正当性的同时追求技术层次的精确性，克服懦弱和功利，从而让法律人的职业价值成为人生价值最核心提升的一个部分。其实，我国法律人才培养面临的问题在某种功能程度上也是一个全球性问题。加拿大的《马尔报告》是法律人才培养一个比较全面的研究报告，其中也关注了法律人才培养的功利化问题。总之，于其要处，需得着眼于实践能力的全面塑造和提升，并在一个动态的过程中不断创新。从而在一个伟大的变革时代，仰赖法律人才的智慧和责任感，燮理阴阳，治国理政，实现一个法律人的职业价值，最终在不断超越和提升中实现人生的价值。基于此，法律人才的培养，断不能急功近利，受职业教育的诱惑，将学生培养成法律工匠。就业压力固然不可忽视，但法律人的全面自由和职业精神、职业气质的养成，亦不容疏忽。

[责任编辑：彭 巍]

中国古代流域生态治理法律制度及其现代启示*

高利红, 李培培

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)



摘要: 中国古人经由长期常识理性的积累、提炼, 形成了颇具中国特色的“顺天应时”的流域生态治理法律理念, 并构建出了符合流域生态治理时空规律的法律制度。古今流域治理问题的表现形式虽不尽相同, 但受历史传统、法律文化、流域自然特征等多方面因素影响, 流域水资源开发利用和流域生态保护之间的利益冲突使古今流域生态治理法律制度具有相通性。古代流域“一体化”生态治理法律制度对完善现代流域生态治理法律制度和提高其法律实效都具有重要的借鉴意义。

关键词: 流域治理; 生态治理; 顺天应时

在线杂志: <http://skxb.jsu.edu.cn> 中图分类号: X321 文章编号: 1007-4074(2018)06-0052-08

基金项目: 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(10JJD820006)

作者简介: 高利红, 女, 博士, 中南财经政法大学法学院教授, 博士生导师。

引用本文: 高利红, 李培培. 中国古代流域生态治理法律制度及其现代启示[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2018, 39(6): 52-59.

流域是地表水及地下水分水线所包围的集水区域的统称。习惯上, 人们往往将地表水的集水面称为流域, 用来指一个水系的干流和支流所流经的整个区域^[1]。从一定意义上讲, 流域是一个以水系为核心的完整的生态系统, 它体现的是水环境系统的特性。每个流域因自然条件的不同而存在差异, 污染物进入不同流域也会呈现不同的后果, 因而不同的流域必然会产生不同的污染特征^[2]。流域的生态治理要尊重流域的自然特征, 综合考虑干流与支流、水量与水质的关系, 河道岸线内及其岸线设施的影响^[3]。中国古人通过长期的常识理性的积累, 形成了颇具特色的“顺天应时”的流域生态治理理念, 这对于构建符合流域生态治理时空规律的法律制度具有重要的指导意义。

一、中国古代“顺天应时”流域生

态治理法律理念

(一)“顺天应时”法律理念的产生

古代哲人通过深入的观察和对实践生活的总结, 将天象、物候、节气的变化和人们的生产生活活动加以整合, 试图构建出完整的天时体系用以规范人们的种种活动。《礼记·月令》中将天上的日月星辰的运行、气象的变化、地上草木鸟兽的动态和人们的农业生产等, 以季节变化为主轴, 作为人们社会生活的重要依据。除了关于“敬时”“顺时”的记录外^{[4]858}, 先秦文献也进一步阐明了“失时”“逆时”的不良后果^{[5]262}。从天命思想中派生出的“顺天应时”的理念, 突出表现为不敢轻易违抗大自然

* 收稿日期: 2018-05-11

现象的态度和做法。

中国古人对“天人合一”的追求,内含了人与自然和谐相处的智慧,即承认人与自然的有机统一,相互依存。一方面,中国古人从生活经验中归纳得出,万物生长会受制于季节演替的规律,进而逐步衍生出配合天象、时令的种种概念和具体做法。另一方面,国君为了达成“养民之欲,给民之求”的目的,在施政时也必须考虑到自然资源的维护与管理。所以,倡导“顺天应时”的观念,颁布“顺天应时”的法令,便成为国君责无旁贷的责任,甚至国君也需依“时”行政,因“时”安排一切的政事、宗教、礼乐、刑狱等活动,否则就会造成严重的灾害。

可见,古人朴素的“天时”观念蕴含着古人对人与自然关系的审慎考量,即因循自然规律,对自然资源进行可持续的开发利用。这种“顺天应时”的理念对于指导现代环境保护,特别是流域资源开发和流域生态保护具有重要意义。

(二)“顺天应时”资源利用观

先秦哲人在阐述仁政、王道思想之余,还经常论及保护环境生态的重要性和保护自然资源的必要性,并演化出了丰富的生态保护和资源利用思想。据《逸周书》记载,周文王曾说到“山林非时不升斤斧,以成草木之长;川泽非时不入网罟,以成鱼鳖之长”^{[6]34}。管仲在与齐桓公讨论治国之道时说:“山泽各以其时至,则民不苟,陵陆丘井田畴均,则民不惑,无夺民时,则百姓富”^{[7]386}。这些都强调依据自然资源自身属性和季节特点,以“取用有度”的理念进行资源开发利用,是实现百姓富足、安居乐业的重要途径。《田律》中也提到:“春二月,毋敢伐材木山林及雍(壅)堤水。不夏月,毋敢夜草为灰,取生荔、卵,毋口口口口口口毒鱼鳖,置阱罔,到七月而纵之。唯不幸死而伐棺(棺)享(椁)者,是不用时,邑之(近)皂及它禁苑者,时毋敢将犬以之田。百姓犬入禁苑中而不追兽及捕兽者,勿敢杀;其追兽及捕兽者,杀之。河(呵)禁所杀犬,皆完入公;其它禁苑杀者,食其肉而入皮。”^[8]由此可见,《田律》作为我国历史上较早的比较全面规定环境保护内容的法律,不仅保护对象广泛,包括了山、林、水、草和多种动物,而且规定了不同季节的保护措施以及不同违法行为的处罚手段。

综上可知,古人在资源利用方面主张依据季节的变化,顺应自然规律,合理有度地取用自然资源,从而实现对资源的持续利用。这在流域资源的管理利用方面也有明确记载。

(三)“顺天应时”流域生态治理理念

管仲提出依据季节合理地利用水资源和完善水利设施,《四时》中云:春天一到,就要修治堤防,修通沟渠,疏通河道等。同样在《月令》中也有类似的记载:春天应“毋竭川泽,毋漉陂池”,“修利堤防,道达沟渎”。这些都是要求人们根据水资源的自然属性,按照不同季节要求对水资源进行有节制的利用,维护和修筑水利设施。同时,对不按时维护水利工程设施“失时不修隄防”的违法行为规定了严苛的处罚措施。如《唐律疏议·杂律》规定:“其津济之处,应造桥、航及应置船、筏而不造置,及擅移桥济者,杖七十;停废行人者,杖一百。”^{[9]505}

在兴建水利工程和防洪防灾等问题上古人注重流域生态单元的整体保护,表现为结合流域的自然特征,强调对水患灾害的事前预防,系统化处理流域的水文关系。例如光绪二十四年(1898年)江南道监察御史张承纓在奏折中上报:“……以直隶地势而论,西北高而东南下,西北诸水灌注于天津海口以为会归。今两岸多被商埠筑占,堤圩愈宽,河身愈窄,出水日缓,淤沙日高。每值夏雨暴发,众流下趋,海潮倒灌,洪涛巨浪滞塞难通。天津以上多成泽国,小民荡析离居,殊堪悯侧。愚以为先事预防,计莫如使旧有之沟洫早为疏通,未有之沟洫量为开浚,则不徒引河水可以溉田,即大雨淋漓而消容有地,河水亦不至横溢为灾。”^{[10]578}这里提到,流域开发若一味追求经济效益而忽视对流域生态保护,则会导致流域生态破坏、水患灾害频发,其主张流域管理应统筹河流上、中、下游的关系,加强对流域单元的整体维护,同时也明确了预防原则在流域治理中的重要性。这表明流域治理不能忽视其整体性特征,只有将流域作为有机整体进行管理和控制,才符合流域自然生态规律的要求^[3]。

由于江河流域是一个复杂的生态系统,其突出表现为流域的流动性。因此,对流域的生态治理,不管是上游、中游、下游,还是支流、干流,或者左岸、右岸,只有综合考虑流域生态系统平衡,才能实现流域的良性发展。承认流域的整体性特点,以生态的、可持续的方式解决流域问题,是流域生态治理的必然趋势。

二、中国古代流域“一体化”生态治理法律原则

古人流域生态治理不但关注流域生态单元本身的复杂性和功能多样性,而且意识到大量毁林开

荒等农业生产活动与水患灾害频发之间的相关性。历史上,中国较早发现了森林植被保护和水土保持之间的关系,提出“山水共治”的流域治理原则。同时,古人秉承“顺天应时”的法律理念,注重流域治理的整体性、统一性,加强江河湖泊的一体化治理;此外,重视水资源要素和其他环境要素之间的客观联系,坚持“水土一体化”治理。这一系列具有中国特色的流域生态保护法律理念和原则的核心就在于倡导流域“一体化”生态治理。这是中国古人在洞察流域生态系统各要素之间的客观联系后得出的极具理论和实践价值的流域生态治理经验。

(一)“江湖一体化”法律原则

纵观历史,明清时期,淮河流域作为漕运的必经之地是国之腹心,对淮河的治理事关经济发展和政权稳固,但是黄河夺淮之后,淮河水灾愈演愈烈,因此淮河治理成为极其严峻的现实问题。淮河流域治理涉及治河、治沙、防洪、漕运等多方面,从而形成了错综复杂的治理局面,加之生态环境的恶化和社会因素的多重影响,淮河流域经常泛滥成灾,对经济生产和社会秩序造成了严重的冲击。由此,为解决这一时期的淮河水患问题,催生出了许多先进的治理思想和策略,集中反映了“江湖一体化”的治理原则。

例如,潘季驯作为治淮大家,提倡淮河的治理应从全局着眼,创造性的把黄河、淮河和运河的治理综合考量,提出了“通漕于河,则治河即以治漕;会河于淮,则治河即以治淮;合河、淮而同入于海,则治河、淮即以治海”^[11]的思想。反对之前为保护漕运而单纯主张分流来治理淮河的做法,提倡遵循泥沙运动规律“束水攻沙”,进而使得淮河治理取得了一定成效。但因该方案只局限于河南以下的黄河下游一带治理,故难以实现淮河流域的长治久安。

到了清代中后期,吴其溶在《治淮上游论》中主张“治河必先治淮,而治淮必先治淮之上游。此其枢要不在江南,而在安徽之境”,并进一步分析道:“盖淮出胎簪,其源甚细,至固始而河南,湖北交界之山水入之,始能畅注。至正阳关,而沭南之水会之。钥以洪湖,而成巨浸”。吴其溶认为治淮的方案放眼全河流域,兼顾上、中、下游的关系,认为淮河的治理重点应在于安徽境内的中游河段,突破了当时将洪泽湖和以下的入海口作为治理重点的通行做法,立意高远。

虽然古人的治淮方案的侧重点是保障漕运和

防治水灾,着力解决的是民生问题,但却在一定程度上促进了淮河流域生态环境保护,有效地做到了防灾减灾。这些“江湖一体化”治理方案其中所蕴涵的流域全局观和流域统筹治理的原则对现代流域水资源保护仍有借鉴意义。

(二)“水土一体化”法律原则

流域生态系统的生态环境结构和功能与河流、湖泊、水库、湿地、河口以及水生生物资源和受其影响的陆生生物资源紧密相关,形成了一个相对封闭的生态系统。流域生态治理事关水资源和其他相关环境要素的保护,所以流域生态治理不可人为割裂各环境要素之间的联系,应坚持“一体化”的治理原则。历史上,中国古人认为光治水不治山,只能治标而不能治本,故而强调“水土一体化”治理。

如南保山市太保山清道光五年(1825年)碑载:“郡有南北二河环城而下者数十里,……横流四溢,贻田庐害,岁发民夫修浚,动以万计,群力竭矣!迄无成功,盖未治其本,而徒齐其末也。二河之源自老鼠等山,积雨水之际,滴洪澎湃,赖以聚泄诸箐之水者也。先是山多材木,根盘上固,得以为谷为岸,藉资捍卫。今则斧斤之余,山之木濯濯然矣。而石工渔利,穹五丁之技,于山根堤溃沙崩所由致也。然而为固本计,禁采山石,而外种树其可缓哉。”^{[12]821}这里指出了毁林开荒和采伐山石破坏流域原本的生态平衡,加剧了水土流失使得水患灾害日益严重的事实,并认为只有通过禁止滥采山石和植树造林才能有效预防水患灾害。

此外,清代也已经明确认识到,因水土流失和河湖湮废导致江河蓄泄功能下降和各地水患加繁加剧之间的因果联系。如林则徐指出:“襄河不时漫溃,乃上游山区尽行开垦,泥沙下冲,导致河道阻塞使然。”他说:查襄河河底,从前深皆数丈。自陕西省南山一带,及楚北之勋阳上游,深山老林尽行开垦,栽种包谷。山土日掘日松,遇有发水,泥沙随下,以致节年淤垫。自汉阳至襄阳,愈上而河愈浅,……是以道光元年至今,襄河竟无一年不报漫溃^{[13]4}。林则徐这里强调大面积毁林开荒导致植被减少,森林涵养水源的功能丧失,水土平衡遭到破坏,进而洪水频发。

魏源对毁林开荒和频繁水患之间的相关性也做过深入的分析。他说:“湖广无业之民,多迁黔、粤、川、陕交界,虽蚕丛峻岭,老林邃谷,无土不垦,无门不开,于是山地无余利,平地无余利。……则凡箐谷之中,浮沙壅泥,败叶陈根,历年壅积者,至

是皆铲掘疏浮,随大雨倾泻而下,由山入溪,由溪达汉、达江,由江、汉达湖,水去沙不去,遂为洲渚,洲渚日高,湖底日浅,……下游之湖面、江面,日狭一日,上游之沙,日甚一日,夏涨,安得不怒堤浣(坑),安得不破田亩,安得不灾。”^[14]陶澍也认为由于上游山区大量开荒,造成下游各省的水患频率日益增加。他说:“江省(江苏)地处下游,兼以湖河并涨,宣泄不及,并由江州壅遏,且江州之生,亦实因上游川、陕、滇、黔等省,开垦太多,并无游民到处伐山刊木,种植杂粮。一遇暴雨,土石随流而下,以致停淤接涨。”^[15]这里也是说,不当的开荒策略和山民在上游山区的过度开垦造成水土流失严重,大量泥沙冲入溪流河谷,造成洲渚日多,湖底日浅,连下游河湖也难逃淤积阻塞之害。流域各要素之间相互依存,大肆开荒和滥伐森林加剧了流域的水土流失,在这样的情况下,当夏季山洪来临,水患加繁加剧,就会导致堤垸受损,田亩遭殃,民不聊生。

当代学者经由史料证实清代中后期的中国确实存在水患灾害严重并且灾情扩大化的事实^[16]。受严重水患现实的冲击,古人充分认识到不可大肆毁林开荒、滥伐植被,一味扩大农业生产规模,而应当尊重流域生态系统客观规律,将流域生态治理的“江湖一体化”、“水土一体化”的法律原则落实到具体的法律制度规范之中。

三、中国古代流域“一体化”生态治理法律制度

流域水资源开发利用和流域生态保护之间的矛盾冲突古已有之,中国古人以追求人与自然和谐为目标,结合流域治理的实践经验,依据流域治理常识理性归纳出了颇具启发性的流域“一体化”生态治理法律制度。

(一)“时禁”法律制度

古人意识到生态资源自身所具有的价值,规定了以“时”而禁的法律制度,强调资源开发利用和永续保护的并重。这种自然资源取用有度的做法反映了古人保持生态系统良性发展的价值追求。例如,《荀子》中提出“谨其时禁”的主张,强调“时禁”对自然可持续发展的意义。如前文提到的秦代《田律》,其中法律规定的保护范围涵盖森林、水源、和动植物资源等,古代人们重视环境、资源的保护,由此可见一斑^[17]。

此外,《管子》一书也多次提到采取“以时禁发”(按时间开放和禁封)的原则,规定人民顺时且适度

的利用山林川泽。先秦典籍大都主张依据四季变化,管制山林资源的利用。《管子》中提到:“工尹伐材用,勿于三时”^[7]⁴⁶¹,也就是说工尹砍伐木材,不得在春夏秋三季。同时还提及:春夏两季当“勿断大树”、“勿斩大山”^[18]⁸²⁷。《礼记》中说应依照时令变化,具体规定取用山林川泽的时机。如仲春二月,“毋竭川泽,毋漉陂池,毋焚山林”。季秋九月,草木黄落,乃伐薪炭,仲冬十一月主管田野事物的官员才可以让人民肆意的获取山林藪泽的资源^[5]^{266,295,301}。古代“适时适度”开发利用山林川泽等自然资源的各项要求和做法都表明流域资源的开发利用应当尊重时间规律,反对过度开发和消耗流域水资源。这与现代重视流域水资源的经济效益而忽视其生态效益的价值追求形成了多么强烈的对比!

(二)植树造林法律制度

森林植被对水土保持的积极意义古人已经有清楚的认知,特别是在植被良好的状况下,树根阻滞和土壤渗透可以涵蓄水源,而且森林植被具有调节洪水,减轻水灾的作用。中国人很早就认识到林木具有护堤固岸的功能,因而在河岸、渠堤的两旁广泛栽植防护林,甚至设置专门机构和人员对防护林进行维护的法律制度。在流域生态治理方面,古人通过栽种护堤林和推广植树造林法律制度落实了生态整体理念,践行“水土一体化”的治理原则。

《管子》中提到:在堤防上种荆棘、柏杨可以固其地,防决水,使人民过富饶的生活。“大者为之堤,小者为之防……岁埤增之,树以荆棘,以固其地;离之以柏杨,以备决水,民得其饶。”^[18]⁸⁸⁹另《资治通鉴》也记载:隋代,在运河两旁遍植垂柳,从洛阳到江都的河道,全长2200余里,“广四十步,渠旁皆御道,树以柳”^[19]¹⁹⁶。为了治水,宋太祖赵匡胤谕令人民于运河旁种植榆、柳以固堤防。建隆三年(962年)他下诏:“缘汴河州县常史,常以春首课民夹岸植榆、柳以固堤防。”^[17]

南宋时期,魏岷指出森林具有保土固沙、防止洪灾的功能。他分析认为四明山的树木遭到大量砍伐、林木失去抑制水流的作用,致使水土流失的现象加剧,此乃“舟楫不通,田畴失溉”的原因。因此,大力提倡植树造林以预防水患。到清代,逐渐形成了比较系统的提倡植树造林的法律和政策。

雍正五年(1727年)颁布了一项鼓励人民种树的诏令,令州县地方官严加督率人民栽植树木,如种植果树、桑、麻,于河堤各处植柳,以及湖泽陂塘

之处栽植菱藕等。《大清会典事例》有载：“直隶州县间旷之地，令相其土宜，各种薪果，如各处河堤栽种柳树，陂塘淤泽，许种菱藕，……其地宜桑、麻者，尤当动于耕种。令地方官察其勤惰，分别奖惩。”^[17]雍正六年(1728年)鉴于湖北经常兴修堤防水利工程，下令“楚省百姓，有于堤外捐栽柳荻者，照河工例分别议叙”^[17]。乾隆十二年(1747年)颁令“湖南省各处堤堰，遍栽柳树以挡风浪，每堤种柳若干。册报稽考，严禁纵放牛马及居民侵损”^[17]。可见，清代官方已经意识到林木涵养水土的生态价值，鼓励并支持建立护堤林以保持水土成为一项官方推行的政策。

鉴于毁林开荒和森林滥伐造成的严重环境问题和水患灾害，清代地方官员意识到森林植被在水土保持方面的重要生态价值，自觉推动植树造林法律制度的实施，提倡动员民众广加种植，提高了植树造林制度的法律实效。

俞森，康熙二十八年(1687年)担任河南按察司佥事管河道。他阐释了种树的八大利处，其生态价值主要体现为两个方面，即：“其利五，豫土不坚，濒河善溃，若栽柳列树，根枝纠结，护堤牢固，何处可冲。若树木繁多，则土不飞腾，人环秀飧，其利八。”^[20]¹¹俞森认为种树可护堤固沙、保持水土，对促进流域环境保护具有积极意义。与俞森持有相同看法的还陕西粮储道的黄德濂，他在《劝种树株檄》中提到植树可以备水旱、保持水土和滋养土壤^[21]²¹，地方官员应用实际行动带领当地居民种树，对勤于栽培者奖励，对毁坏树木者依法惩处。

俞森和黄德濂是将林木的经济价值和生态价值并重来讨论植树造林的益处，而光绪年间担任署陕甘总督的陶模在《劝逾陕甘通省栽种树木示》中则首先肯定了林木的生态效益。“山冈斜倚，坡陀回环，古时层层有树，根枝盘互，连络百草，天然成篱，凝流沙土，不随雨水而下。后世山木伐尽，泥沙塞川，不独黄流横溢，虽小川如灞、产诸水，亦多淤塞溃决。故种树于山坡，可以免沙压而减水害。”^[22]²²¹森林植被破坏导致水患加剧、民不聊生的社会现象引起了陶模的深刻反思，在林木的诸多功能之中他首先肯定的是森林保持水土的功能，并大力提倡广栽树木以减少水土流失，预防水患灾害。其对林木生态功能的认识与现代的森林水文研究成果存在相通性，可谓非常超前！

(三) 废田还湖法律制度

为了解决人地紧张的问题，从宋代起兴起了围

湖造田的热潮，在短短时间内，便造成许多湖泊面积缩小，甚至湮灭消失的情形。人们过度的围湖行动，破坏湖区生态，造成水患灾害频发。官府加强对围湖造田的管理，颁布了围湖禁令，但是迫于现实的粮食和财政需要，围湖造田和废田还湖的活动，一直在交替进行中^[23]⁹⁸。笔者以清廷的法令和 policy 为切入点，发现流域水资源的开发利用和流域生态保护之间的利益冲突不可避免，清廷从支持围湖造田到主张废田还湖的法律制度的演化，正说明了应树立流域保护优先原则，不能仅重视流域水资源的开发利用而忽视其可能带来的环境风险。

1. 依法开展围湖造田阶段

清代人口急剧增长与土地相对不足之间的矛盾，导致对耕地的需求更加强烈。在民本思想的支配下，结合当时复杂的政治、经济和社会多方面因素，清政府推行奖励垦荒的政策。鼓励措施具体表现为给予种子、耕牛、奖励开垦有功的官员、延长起科年限、永不起科等。例如，清代曾推行“新荒者三年起科，积荒者五年起科，极荒者永不起科”的政策，就是通过放宽起科年限，调动广大劳动人民垦荒耕种的积极性。

乾隆年间多次颁令大力推行垦荒，例如：乾隆五年(1740年)“凡边省内地零星土地可以开垦者，嗣后悉听该地民夷垦种，免其升科”。也就是对于山头地角小面积的耕地用不升科。乾隆七年(1742年)，议准湖广地方官员的奏请，垦种零星土地的，可免升科。“成丘段者高阜种杂粮，二亩以上照旱地升科，稍低种禾稻，一亩以上照水田升科，不足一、二亩者，仍免。”乾隆十五年(1750年)谕令湖北宜昌、施南二府仍依旧照起科。“湖北新设宜昌、施南二府之鹤峰等州县，原改土归流，幅员广阔，近年户口日增，田土日辟，……自应照例升科。……(但)究与内地不同，……俟二三年后，……再行办理。”^[24]⁴到了清末，湖南藩司为了解决财政困难，开始正式以发售“垦照”的形式，在洞庭湖招民纳资承垦，使围湖造田合理、合法化。

这些法律和政策都极大推动了围湖造田的开展。对围湖造田规模的扩大化，湖北荆(州)宜(昌)施(南)乡道员曾有这样形象的描述：“滨湖之地，尽皆筑垸为田，湖面已非昔比。”^[25]推行围湖造田一定程度缓解了尖锐的人地矛盾，但这些垦开行为对洪水蓄泄的有害影响不言而喻。因大面积围垦生态严重失衡，导致大量湖泊湮灭，水患灾害加繁加剧，可谓得不偿失！面对水道淤塞，湖泊萎缩所导

致的无路通泄,无湖可消、无水灌溉的现象,废田还湖的呼声开始浮现。

2. 逐步限制围湖造田阶段

随着流域生态破坏的加剧,水患灾害的加剧使

人们只管认识到围湖造田的严重危害,禁止围筑的议论和禁令接踵出现。一些地方官员根据当地实际情况开始上奏朝廷申请禁止围垦^[25],并得到赞成和批准。

表1 乾隆年间地方官员申请禁止围垦汇总

上奏时间	上奏官员	上奏内容	批准情况(是/否)
乾隆8年	湖南巡抚蒋溥	申请禁止围垦湖区。	否
乾隆11年	湖南巡抚杨锡绂	“湖南滨临洞庭各属,多就湖滨筑堤垦田,与水争地,常有冲决漫溢之忧。”申请严禁垦筑	是
乾隆13年	湖北巡抚彭树葵	禁止与水争地,不准私自增筑围垸	否
乾隆28年	湖广总督陈宏谋	提出掘毁私围的建议,提议退田还湖	是

自乾隆二十八年开始有退田还湖的行动,而且从地方官员的上报情况来看,围湖造田的弊端已经日益凸显。如:乾隆十三年(1748年)河南巡抚硕色正月二十三日(2月21日)奏“向来地方官听民报垦,以致湖身日浅,湖水无资,一遇水旱,不免漫溢干旱之虞”^{[10]104}。乾隆十三年(1748年)浙江巡抚观承十月十七日(12月7日)奏“浙江各属多有湖荡巨浸,以为境内民田旱潦之备。只缘湖身易淤,而地方官感于报垦升科之小利,以致于湖身渐狭,潦则无消纳之所,旱则灌溉无资”^{[10]107}。在这样的情况下,清政府不得不重新审视围湖造田的严重后果,意识到无节制地开发流域资源必定带来严峻的环境问题,于是逐步颁发了一系列废田还湖的诏令并制定相应的惩处措施。

3. 依法推行废田还湖阶段

由于废田还湖损害了地方乡绅和地主阶级的利益,加之政治腐败等因素,废田还湖的推行阻力重重。乾隆五十三年,在屡禁不止的情况下,清廷展现了严禁围湖造田的决心和行动,由皇帝亲自下令平毁江陵县荆州的窖金洲私垸,将萧姓地主抄家问罪,惩处数十位地方官员^[17]。严厉打击了为争一己私利,不惜以严重破坏湖泊生态为代价的行为。同年六月,荆州发生大水。洪水冲垮堤防,江堤溃决二十余处,郡城也遭到淹没的命运。乾隆命大臣经寻访当地舆论和实地调查之后,得出结论:窖金洲围垦日阔,阻碍江流,使得水势垫高,才是造成万城堤溃决和荆州郡城尽淹的主因。其指出:

窖金洲其始只是活沙,江水推荡,随流迁徙靡定,嗣后渐长渐大,丛生苇荻,遂为江中巨洲,江流至此,顺洲南北分流,至洲尾始合为一。一二十年来,涨沙日渐宽阔,侵占江面,……江水至此,不特洲沙拦埂,激怒水势,逼溜北驱,而深芦密苇亦足障遏奔流,助逼溜势,……据称洲长约有

十里余,宽处约有五里,……而此洲所占江面。转居十之六七,……一遇川江涨发之时,……下流顶阻疏消不及,则暴涨之水愈在上游溃决。臣等察核情形,参稽众论,窖金洲之为害,实系显然,众著确凿可据。^{[26]288}

从这一典型案例可以看出,围湖造田导致流域生态失衡与洪水灾害频发之间存在一定的因果联系。清廷意识到围垦问题的严重性,但是囿于“民本”思想支配,人地关系的紧张,地主阶级反对等综合因素的影响,这一时期实施的以维护流域生态环境和减少水患灾害为目标的“废田还湖”法律制度还是以失败而告终了。

四、古代流域生态治理法律制度的现代意涵及启示

显然,流域水资源具有价值多元性,随着流域水资源开发利用活动的不断拓展,各种价值冲突便逐步显现出来。为规制这种复杂的价值和利益冲突,适应当时社会政治经济形势的流域生态治理法律制度便应运而生。现代社会流域水资源功能更加多元,涉水权利冲突更加多样,流域治理涉及更广,流域生态保护的现实问题更加严峻,但古今流域水资源开发利用和流域生态保护之间的利益冲突具有相通性。古人围绕就这一利益冲突设计的一系列流域生态治理法律制度在现代仍然具有重要的借鉴意义。

(一) 古代流域生态治理法律制度的现代意涵

1. 流域生态环境保护优先

我国现行法律制度虽提到水资源开发利用过程中的流域生态环境保护问题,但没有明确流域生态系统的法律保护。因流域资源自身价值属性具有多样性,现阶段重视流域资源经济价值开发利

用,而流域生态价值的保护明显乏力。流域生态治理应该树立生态整体性理念,融合环境资源保护及污染防治,只有在资源开发阶段尊重自然规律,充分考虑生态保护内在要求,才能真正做到预防为主^[27],实现流域生态环境有效保护。流域生态治理应当确立流域生态环境保护优先的理念,打破长期以来经济发展优先的价值取向。在资源开发利用阶段注重时间因素的考虑,贯彻“顺天应时”的理念,对流域资源的利用坚持“取用有度”的原则,“适时适度”开发利用流域资源,避免一味的追求经济价值而导致流域生态破坏和环境污染加剧。

2.流域“一体化”生态治理

流域治理是一个系统工程,因此流域生态治理应该构建“一体化”的法律制度。首先,要处理好上下游、左岸右岸、支流干流的关系,贯彻“江湖一体化”流域生态治理法律原则。长期以来,“局部改善,整体恶化”的流域治理客观形势^[28],对生态环境要素实行分割管理,实质是没有将流域生态系统作为统一的整体对待^[29]。这样只关注局部重点流域治理,对改善整个流域生态环境收效甚微。流域生态治理应确立流域治理整体观,尊重流域自然特征,以流域为单元综合治理。其次,流域生态治理具有复杂性,不仅涉及水资源的保护还需兼顾其他相关环境要素的维护,也就是说要“水土一体化”治理。只关注水资源保护难以有效应对涉及面广、影响范围大、损害后果严重的流域生态破坏和水污染问题。古人对流域资源的开发利用和保护向来重视水土之间的客观联系,这一方面是预防自然灾害的实践经验总结,另一方面也是对“山水共治”理念的贯彻。

(二)古代流域生态治理法律制度的现代启示

1.重视流域生态治理的事前预防

流域生态治理是一个长期的工程,如何保证流域水环境的稳定和优化是一个值得关注的问题。防洪减淤措施、灌溉节水措施、水利工程建设等举措都是为了平衡生态环境与经济社会发展之间的矛盾而存在的^[30]。但是目前流域生态治理的效果仍然差强人意。其主要原因在于对流域生态治理依旧主要采取事后的控制手段,忽视事前预防,缺乏对流域资源可持续发展的长远规划。同时偏向于点源污染防治的治理路径,也难以应对当前复杂的流域治理难题。对此,古人对自然资源取用有度的态度和做法,体现了对资源生态价值的认同和承认,通过法律规定资源取用的时间和手段,可以有

效防止不合理开发利用自然资源的行为。具体到流域生态治理层面而言,可从以下两个方面着手:第一,尊重流域自身的承载能力,制定合理的流域治理规划,摒弃追求经济发展而忽视流域生态价值的错误做法;第二,重视流域水污染防治的事前预防。因流域水污染通常影响范围广,损害后果不可逆,故要从根本上扭转事后控制的污染治理模式。

2.完善流域管理机制

流域是自然形成的,流域管理也应遵循其流动性、整体性的自然特征,统筹流域治理,但是现代的行政管理却将流域人为将其划分为若干区域。尽管《水法》设置了水资源流域管理与行政区域管理相结合的管理体制,但受历史传统、法律文化等因素影响,仍容易陷入各自为政的管理弊端,流域治理的法律实效性难以得到有效的保障。为推动流域生态治理目标的实现,落实“一体化”治理原则,在流域管理体制方面许多国家经过实践探索出了有益的流域治理经验^[31]。比如以流域为主体,构建符合流域生态特征的管理体制。一方面,建立强有力的流域管理机构,克服以往单一按照行政区划和部门分工进行流域治理的弊端^[32]。另一方面是建立有效的协调机制,加强政府各部门、各地方政府间的协作。这要求各行政区政府树立整体政府理念,将行政区域内的环境、经济和社会目标与流域“一体化”生态治理的目标相协调。

五、结语

流域生态系统有其自身的特殊性,现代流域资源的开发利用重视经济价值属性而忽视流域生态价值,是导致当前流域生态治理法律实效性差的关键因素。本文在爬梳整理我国历史上流域生态治理经验教训的基础上,从我国古代“顺天应时”的理念出发,总结提炼出了中国古代流域“一体化”生态治理法律制度。历史的延续性证明,在法价值层面,流域生态治理必须树立全局观和“顺天应时”的理念。尊重流域生态系统的时空规律,适时适度利用流域资源,协调好流域资源开发利用和流域生态保护之间的关系。在法技术层面,流域生态治理应坚持以流域为单元综合治理,避免人为割裂各环境要素之间的联系。创新流域生态治理法律理念,探索流域“一体化”生态治理法律制度,是破解目前流域生态治理难题的有效路径。

引用文献:

[1] 王树义.流域管理体制研究[J].长江流域资源与环境,

- 2000(4).
- [2] 吕忠梅.水污染的流域控制立法研究[J].法商研究,2000(5).
- [3] 邓可祝.我国流域治理立法的演进:从淮河到太湖[J].西部法学评论,2013(2).
- [4] 林品石.吕氏春秋今注今译:第26卷(下册)[M].台北:商务印书馆,1989.
- [5] 王梦鸥.礼记今注今译:上册[M].台北:商务印书馆,1970.
- [6] 朱右曾.逸周书集训校译:第3卷[M].台北:商务印书馆,1971.
- [7] 李勉.管子今注今译:上册[M].台北:商务印书馆,1988.
- [8] 云梦秦简整理小组.云梦秦简释文(二)[J].文物,1976(7).
- [9] 长孙无忌,等撰,刘俊文,点校.唐律疏议[M].北京:中华书局,1983.
- [10] 中国科学院地理科学与资源研究所,中国第一历史档案馆.清代奏折汇编—农业·环境[M].北京:商务印书馆,2005.
- [11] 傅泽洪.行水金鉴:第32卷[M].台北:文海出版社,1969.
- [12] 云南省林业志编辑办公室.林政法规选:第1卷[M].成都:四川科学技术出版社,1993.
- [13] 林则徐.林文忠公政书:第2卷[M].台北:文海出版社,1966.
- [14] 魏源.古微堂内外集:第6卷[M].台北:文海出版社,1966.
- [15] 许乔林.陶文毅公(澍)全集:第10卷[M].台北:文海出版社,1968.
- [16] 张家炎.江汉平原清代中后期洪涝灾害研究中若干问题刍议[J].中国农史,1993(3).
- [17] 王淑芬.治山与治水:清代环境保护思想之研究——以江浙、湖广地区为中心[D].台北:台湾师范大学,2003.
- [18] 李勉.管子今注今译:下册[M].台北:商务印书馆,1988.
- [19] 李宗侗.资治通鉴今注:第1卷[M].台北:商务印书馆,1985.
- [20] 贺长龄.皇朝经世文编:第37卷[M].清光绪25年(1899年),上海:中西书局石印本.
- [21] 盛康.皇朝经世文编续编:第24卷[M].台北:文海出版社,1970.
- [22] 焦国模.中国林业史[M].台北:渤海堂,1999.
- [23] 赵冈.中国历史上生态环境之变迁[M].北京:中国环境科学出版社,1996.
- [24] 清高宗实录[M].台北:华文书局,1964.
- [25] 张建民.对围湖造田的历史考察[M].农业考古,1987(1).
- [26] 台北故宫博物院.宫中档乾隆朝奏折:第69辑[M].台北:台北故宫博物院,1982.
- [27] 肖爱.我国区域环境法治研究现状及其拓展[J].吉首大学学报(社会科学版),2010(6).
- [28] 胡德胜.围绕可持续发展破解重点流域治理难题[J].环境保护,2013(13).
- [29] 薄晓波.论环境法的生态系统整体保护原则[J].吉首大学学报(社会科学版),2014(1).
- [30] 范兆轶,刘莉.国外流域水环境综合治理经验及启示[J].环境与可持续发展,2013(1).
- [31] 郭焕庭.国外流域水污染治理经验及对我们的启示[J].环境保护,2001(8).
- [32] 李启家,姚似锦.流域管理体制的构建与运行[J].环境保护,2002(10);吕忠梅.环境法视野下的新《水法》[J].法商研究,2003(4);王树义.流域管理体制研究[J].长江流域资源与环境,2000(4).

(责任编辑:栗世来)

Legal System of River Basin Ecological Governance in Ancient China and Its Modern Enlightenment

GAO Lihong, LI Peipei

(Law School, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: Through long-term accumulation and refinement of common sense, the Chinese ancients have formed a legal concept of "being accordant with the rhythm of nature" with Chinese characteristics and constructed a legal system in accordance with the law of time and space in river basin governance. Although the manifestations of river basin governance are different in ancient and modern times due to historical traditions, legal culture, natural characteristics and other factors, the conflict of interests between the development and utilization of river basin water resources and the protection of river basin ecology remain the same. The legal system of "integrated" ecological governance in ancient river basins is of great significance for improving the legal system of modern river basin ecological governance and its legal effectiveness as well.

Key words: river basingovernance; ecological governance; in accordance with the rhythm of nature

多元程序进路下环境公共利益司法体系的整合与型构

周勇飞¹ 高利红²

(1. 湖北师范大学 经济管理与法学院 湖北 黄石 435002; 2. 中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073)

摘 要:生态环境损害赔偿制度的确立试行,在我国环境司法领域形成了生态环境损害赔偿诉讼、环境民事公益诉讼、环境行政公益诉讼等多元程序并轨运行的格局。但由于当前法律规范层面的阙如,多元程序并轨并未形成环境协作共治的理想愿景,反而导致司法实践面临混沌与冲突交织的现实困境。以美国环境公共利益司法体系的整合与型构为镜鉴,按照我国传统的“民-行”二分的基本模式,依循“预防(环境风险预防诉讼)+填补(生态环境损害赔偿诉讼)+监督(检察公益诉讼)”三位一体的功能导向,可以对我国环境公共利益司法多元程序进行体系化整合与型构。

关键词:环境公共利益;生态环境损害赔偿;环境行政公益诉讼;环境民事公益诉讼

中图分类号: D912.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-8204(2020)05-0023-05

长期以来,由于我国环境公共利益司法保障体系的缺失,致使经济社会高速发展下伴随的严重生态环境损害无法获得及时有效的司法救济。目前,我国积极推进生态文明体制建设,并在环境司法领域相继建立了环境民事公益诉讼、环境行政公益诉讼以及生态环境损害赔偿诉讼,初步形成了“预防-填补-监督”多元程序并轨运行的环境公共利益司法保障体系,以期通过多元主体间的协作共治实现环境公共利益的整体性保护。但是,由此所形成的社会组织、检察机关、政府、公众等多元参与主体,因各方力量的失衡而导致角色定位不当甚至“错位”[1],引发了理论与司法实践中的诸多问题,如以政府作为赔偿权利人的生态环境损害赔偿诉讼的性质为何?其与适用范围上存在高度同一的环境民事公益诉讼如何界分?环境行政公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼、环境民事公益诉讼如何有效衔接等,均有待通过系统化的梳理与整合,以型构功能清晰、范围明确、程序严谨、衔接有序的环境司法体系,实现我国环境公共利益司法救济的价值理念与制度功能[2]。

一、多元程序并轨运行下的现实困境:混沌与冲突交织

(一)生态环境损害赔偿诉讼的性质为何

作为生态环境领域的一种新增诉讼,其性质的界分对于该项诉讼程序的构建、运行以及与关联诉讼的

衔接将产生重要影响。然而,不管是《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》(以下简称《改革方案》)亦或《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(以下简称《若干规定》)均未对此予以明确回应。因此,围绕生态环境损害赔偿诉讼的性质,引发了理论上的激烈争鸣[3]。其中,“国益诉讼”论者认为,由政府作为赔偿权利人主导生态环境损害的磋商与诉讼是其行使“自然资源国家所有权”的具体表现,因而将其定性为“国益诉讼”[4]。持“私益”论者则认为,政府是基于“自然资源的国家所有权”,代表国家行使权利,因此,其与诉讼标的具有直接利害关系,本质上应属于维护一种特殊的“私益”[5](P27)。“公益”论者认为,从目的上看,生态环境损害赔偿诉讼的功能在于填补(修复)受损的自然生态环境,其所救济的法益乃是环境公共利益,因此,该诉讼应为公益诉讼。最后,“混合诉讼”论者试图采取双重标准来界定生态环境损害赔偿诉讼是一种“公益目的”与“私权属性”交错的特殊型诉讼[6]。但这一观点不仅不能解决实际问题,反而更加增添该类诉讼性质的辨明困惑[7]。因此,针对生态环境损害赔偿诉讼学理上的性质之争,亟待法律规范层面予以详细阐明,否则必然引发司法实践的适用难题。

(二)环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的重复之嫌

收稿日期:2020-04-10

作者简介:周勇飞(1985-),男,湖北武汉人,湖北师范大学讲师,法学博士,研究方向:环境法;高利红(1970-),女,湖北武汉人,中南财经政法大学教授,博士生导师,研究方向:环境法和能源法。

基金项目:国家社科基金重大项目“完善生态环境保护执法与司法衔接机制研究”(项目编号:20ZDA090);2019年湖北省教育厅哲学社会科学基金项目“湖北乡村自然保护地生态旅游发展环境风险法律规制研究”(项目编号:19QJ118)。

在生态环境损害赔偿诉讼之前,我国在环境公共利益司法领域即已建立了环境民事公益诉讼制度。二者无论在诉讼原因、诉讼标的还是适用范围、诉讼功能等方面都具有高度相似性。其具体表现在:其一,适用范围的重叠。《改革方案》与《若干规定》通过列举的方式分别从事件级别、污染与破坏区域以及影响程度三个方面对生态环境损害赔偿诉讼的适用范围进行了限定。与其侧重于“损害填补”性救济职能相比较,环境民事公益诉讼救济的范围除了涵盖“损害填补”职能外,还包括“预防性救济”职能,能及时阻却因污染或破坏所面临的重大环境风险。因此,“两诉”在适用范围是一种涵摄关系。其二,责任形态与承担方式同一。在我国当前诉讼体系下,“两诉”在本质上均属于民事诉讼范畴,其责任方式上,人民法院可结合案情与诉讼请求,均可合理判决被告承担“停止侵害、排除妨碍、修复生态、赔偿损失”等民事责任。其三,赔偿范围无异。作为生态环境损害赔偿诉讼权利人的政府,亦或作为环境民事公益诉讼的原告的社会组织、检察机关,针对环境污染、生态破坏的责任者,均可向其请求清除环境污染、修复生态以及永久性生态功能损失等直接费用以及基于调查、鉴定评估等所产生的相关间接费用。

基于“两诉”性质、适用范围、责任形态等方面的高度同一,引发了司法实践中“一案两诉”之冲突。因此,二者如何界分适用即成为理论与实务热切关注的焦点。对此,不管是《改革方案》抑或《若干规定》均未能化解这一冲突。

(三) 检察监督于生态环境损害赔偿诉讼中的缺失

长久以来,检察机关作为我国宪法规定的法律监督机关,其职责定位于提起公诉、抗诉、司法审查和刑事申诉监督等。随着行政公益诉讼的确立,检察机关被赋予了新的使命,即国家利益和社会公共利益的代表者,行使公益诉讼职能(包括环境行政公益诉讼和民事公益诉讼)。虽然其本质仍在于通过检察监督权的行使来督促行政主体尽职履责,然而,在依循民事程序规则的生态环境损害赔偿诉讼中,作为权利主体的政府在性质上仍是行政主体,其磋商抑或诉讼理应受到制衡与监督,否则,难以有效保障赔偿程序客观、公平、公正的展开。但是,在现有政策及法律规范层面,磋商与诉讼并非赔偿权利人的法定职责,而检察建议或提起行政公益诉讼的前提则必须是行政主体“违法行使职权或不作为”[8]。因此,在这种制度背景下,检察机关的监督权能难以介入生态环境损害赔偿制度中。衔接机制如若长期阙如必然引发实践的混乱及腐败的滋生。

(四) 环境民事公益与行政公益的内在冲突:并行或排斥

当前,在环境公共司法领域,我国依循传统诉讼模式型构了“民事公益诉讼”与“行政公益诉讼”的二元格局。虽然民事诉讼与行政诉讼在性质、主体、内容、

功能上截然不同,二者在传统诉讼理论上亦难以形成交叉与重合,但将其搬进环境公共领域则难免重叠甚至冲突。究其原因,不管是环境民事公益诉讼抑或环境行政公益诉讼,其目的都是借助司法途径所进行的一种“补充执法”诉讼,二者救济的法益均为违法行为侵害的环境公共利益,所施加的法律责任也均是指向环境违法行为的惩罚与矫正[9]。例如,基于同一环境污染行为,环境民事公益诉讼的责任指向是污染者“停止侵害”“排除妨害”或“赔偿损失”,环境行政公益诉讼的责任指向则是责令违法作为或不作为的行政机关督促污染者“停止侵害”“排除妨害”或支付相关清理费用。因此,如果两诉并立,即可能形成基于同一违法行为而承担双重违法责任的内在冲突。

那么,这是否意味着二者只能择其一呢?答案显然是否定的。从我国现行“民-行”二分的司法体制来看,两诉必然是一种相互协作、相互补充的诉讼机制:行政公益诉讼重在“监督与问责”,民事公益诉讼重在“预防与填补”。但基于两诉间可能存在内在冲突,依循我国现行《民事诉讼法》(2017)、《行政诉讼法》(2017)以及相关司法解释的规定,难以有效因应与化解,亟待立法进行调整与优化。

二、环境公共利益司法体系型构的美国经验考察

美国是世界上较早建立环境公共利益司法体系的国家,迄今已形成了包括公民诉讼、自然资源损害赔偿诉讼以及环境公共妨害诉讼在内的环境公共利益司法多元程序径路。其较为完善的公共利益司法体系以及明确的程序运作之经验,一定程度上可为我国当前环境公共利益多元程序之整合与型构提供指导和借鉴。

(一) 美国环境公共利益司法多元程序的形成与适用

1. “民-行”一体化的环境公民诉讼

诞生于20世纪70年代的“环境公民诉讼”,是美国环境公共领域最早的司法程序制度。根据美国《清洁空气法》(1970)304条a款的规定,针对任何违反环境标准、禁止性命令或某些行政命令行为,任何人都可以自己的名义,在诉讼提示期限届满后提起民事诉讼[10](P1270)。其目的在于当有人违反法律的强制要求而政府又没有执法时,授予公民以“私人检察总长”身份积极行使保护环境的权利[11]。此即环境公民诉讼制度。

美国环境公民诉讼可以划分为公民执行诉讼和强制义务诉讼两类[12]。前者是指“任何人”可直接针对污染者的环境损害行为提起诉讼,形同于我国的环境民事公益诉讼,但其有严格的“诉前通知”程序限制;后者则是针对政府部门怠于执行环境法律的行为提起的“代位执法诉讼”,督促其勤勉履责或纠正违法行政行为,形同于我国的环境行政公益诉讼。因此,从性质上来说,它是兼具“民事公益+行政公益”于一体的诉讼模式。其通过赋予公众环境诉权,使公众成为环境法

律的特殊主体,进而可以强有力地介入环境法律的执行与监督,推动环境法律的高效实施。

2. 公共信托理论下的自然资源损害赔偿诉讼

美国是世界上较早建立自然资源损害救济体系的国家。为了破解“公地悲剧”所导致的自然资源损害困局,它以英美衡平法中的公共信托理论为依据开始了自然资源损害赔偿的立法征程。根据公共信托理论,公众将其所共有的自然资源权益与政府建立信托关系,委托政府履行管理或保护的义务,当自然资源所体现的公共利益受到威胁或损害时,受托人即有权代表公众向损害者提起自然资源损害赔偿之诉。基于这一理论,美国于1972年《国家海洋禁猎法》首次明确规定对受到损害的自然资源提供民事赔偿。1973年又通过《跨阿拉斯加输油管道授权法》再次明确了公众或个人对自然资源损害的严格责任。但这些早期立法仅对损害可赔偿性进行确认,缺乏损害范围、认定方法等方面的具体规定。此后,美国相继通过《清洁水法》《综合环境应对、赔偿和责任法》以及国家海洋和大气管理局规则等相关立法,形成了较为完善的自然资源损害赔偿法律体系。

3. 侵权责任性质下的环境公共妨害诉讼

妨害,是英美法系侵权责任体系中的特有概念,其泛指对他人利用或享有的权利间接的、非排他性的干扰,性质上仍属于传统的民事侵权行为。根据美国法律协会于1976年编订的《侵权法重述(第2版)》821条的规定,公共妨害包括私人妨害、公共妨害以及混合妨害[13]。其中,公共妨害即是指对一般大众公共权利的不合理干扰,对此权利所形成的司法救济即公共妨害诉讼。但由于这一概念是在传统侵权法理基础上演化而来的,因此,其起诉必须由公共官员或检察官代表政府提起,限制了公众在禁止或消除环境污染等公共妨害中的资格和作用,常会导致作为公共妨害的环境污染行为继续存在而受害人却因起诉资格限制而无法得到有效救济的不合理现象[14](P134)。对此,美国法律协会在编订《侵权法重述》时抛弃了传统的“不同类型损害”原则,扩大了原告的主体资格,并通过1998年《侵权法重述(第三次)》对公共妨碍的认定标准再次进行了细化,拓展了公共妨害制度在环境保护领域的适用。

(二) 美国环境公共利益司法体系整合的启示与借鉴

1. 清晰的功能定位

公民诉讼在美国环境公益诉讼体系中处于核心地位。其在性质上虽然兼具“民-行”一体化特征,但其内容则更偏重于行政执法监督。因此,有学者将其界定为“私人执法”诉讼,即主体为包括公民、团体、社会组织在内的广泛私主体,诉讼请求和责任形式则明确定位于督促政府或行政部门积极履责,如提请怠于履

责的环保部门针对环境违法行为颁布“禁令”或“民事罚款”等。同时为了避免其内容、效果与执法相雷同,公民诉讼设置了严格的诉前通知、勤勉执法等程序加以严格限制[15]。

由于公民诉讼本质上属于“代位执法”诉讼,其责任形态中的“禁令”亦或“罚款”等均无法实现环境损害的有效填补。基于成本效益原则,为寻求环境经济价值与生态价值的有效救济,美国的自然资源损害赔偿诉讼的功能即定位于以生态环境修复或恢复为目的的损害填补责任。由于此种责任的公共性、法定性、复杂性等特点,将其赋予具有公共管理职能的政府或许更为高效。因此,联邦环境资源机构、州政府的相关政府即成为自然资源损害赔偿诉讼的合理原告主体。

不同于偏重“代位执法”的公民诉讼和以“损害填补”为主旨的自然资源损害赔偿诉讼,美国的公共妨害诉讼在本质上仍属于民事侵权责任。通过扩大原告主体范围,使包括公民个人、组织、团体、政府部门的多元主体均能参与到环境保护领域中,对严重影响公共及公众健康、安全、舒适、便利等的行为形成司法救济。

2. 明确的适用范围

美国的公民诉讼虽将原告主体扩展至“任何人”,但为了防止公民滥诉而引发司法资源浪费,又设定了明确的适用范围,其具体可划分为两类:(1)严格遵循法定原则。即公民诉讼条款须得到法律的明确授权方可行使。截至目前,美国联邦政府已有21部法律规定了公民诉讼条款,公民诉讼即只能在这21部法律管辖范围内方可提起。(2)行政行为均可诉。即对于美国联邦或州政府在环境行政执法过程中的不适当作为或不作为,公众均可起诉。

由于生态环境损害修复受到评估标准、技术条件等相关因素的限制,其适用范围受到严格的法定限制,主要集中于海洋、水体和土地领域。根据美国《综合环境反应、赔偿和责任法》《油污法》的相关规定,自然资源损害赔偿诉讼仅适用于被联邦、州或其他政府机构(包括外国政府)所拥有、控制或管理的陆地、鱼类、野生动物、生态区的自然资源,且损害须达到法律规定的特定情形及可赔条件,对纯粹私有的自然资源损害则不在此范围内,对此,公众可通过公民诉讼或公共妨害诉讼寻求救济。

相比于环境公民诉讼及自然资源损害赔偿诉讼范围的严格限定,美国公共妨害诉讼的适用范围较为广泛,即只要符合《美国侵权法(第3版)》第821条B(2)款所规定的“公共妨害”的任一情形,公众即可提起以排除妨害、损害赔偿等请求为内容的公共妨害诉讼。

3. 严谨的程序规则

尽管美国公民诉讼在原告资格方面采取了“任何人皆可起诉”的夸张表述,但为了防止虚假诉讼,保证公民诉讼的良好运行,立法上仍对原告资格进行了多

重限制。同时,为了保障行政权与司法权的克制与平衡,立法明确了公民诉讼的“诉前通知”和“勤勉执法”的前置程序,给予被告及时纠错的机会,进而避免不必要的诉累。

自然资源损害赔偿诉讼由于受到法律规定的特定情形的明确限制且损害必须达到严重程度,因此,为了案件的筛选与识别,《综合环境反应、赔偿和责任法》《油污法》及相关规则(DOI、NOAA)设置了严格的“前评估”程序。

源于普通法的公共妨害诉讼其本质上是民事侵权诉讼在公共领域的扩展,在联邦专门性环境制定法出台前,对于环境公共利益的保护起了较大的积极作用。但随着专门性环境立法的相继出台和完善,公共妨害诉讼因在损害因果关系证明及损害范围确定等方面存在困难性、复杂性,其在美国环境公共利益司法实践中基于审慎态度已受到严格限制。

4. 融洽的衔接机制

为了保证行政权与司法权的平衡,避免因司法的过度能动与行政权发生冲突与僭越,美国的公民诉讼制度中始终恪守“勤勉诉讼”原则。维护环境公共利益始终是行政机关的首要职责,而公民诉讼则是行政行为的辅助或补充,当行政主体正勤勉执法或对违法行为已经起诉时即排除公民诉讼。与此同时,美国联邦及州的相关立法对于自然资源损害赔偿诉讼与环境公共妨害诉讼也通过明确的适用范围和严格的程序条件对诉权进行限制,以防止司法多元程序的混沌与滥用。

三、我国环境公共利益司法多元程序的整合与型构

(一) 整合的基本模式 “民事公益 + 行政公益”二元并行

针对当前我国环境公共利益司法体系型构的基本模式,有学者基于环境公益诉讼在诉讼目的、价值功能等方面与传统诉讼存在显著差异,提出应当跳出“行政公益”与“民事公益”二分的传统诉讼模式,构建一种代表国家政治意愿的“特殊诉讼”或新型诉讼[16]。也有学者倡导我国环境公共利益的司法型构应以美国“私人检察长”理论下的环境公民诉讼为鉴,将我国当前的环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼整合为一[17]。

上述两种理论模式实际上均是对现有“民-行”二分模式的否定。那么,这是否意味着环境公益诉讼为传统诉讼模式所不容呢?答案显然是否定的。对于前者,其观点模糊了环境公益诉讼的性质及基本功能的认识。由于环境公益诉讼的基本功能在于通过监督政府公权力的行使而实现环境公共利益的保护[18],因此其制度设计上对传统诉讼理论虽有所突破,但并未超脱民事诉讼与行政诉讼的本质属性,仍可涵摄于传统诉讼理论之中而进行性质二分。对于后者,美国的

环境公民诉讼是在三权分立、相互制衡理论下通过赋予私主体以公权力来对环境违法行为(环境行政违法为主辅之以民事诉求)进行监督,其本质是对于行政执法行为的补充而非替代,有助于充分发挥环境行政专长、提高环境公益保护的效率。因此,美国环境公民诉讼合二为一的模式充分体现了环境公益诉讼的性质和功能,对我国而言,可作为未来可期的一种理想模式选择,但现阶段并不适宜。其原因在于,我国于2020年5月28日最新颁布的《中华人民共和国民法典》在侵权责任编中已明确将环境污染与生态破坏作为调整对象纳入其中,结合2017年最新修订的《民事诉讼法》以及《行政诉讼法》,我国环境公共利益“民-行”二分的司法模式已基本成型,打破这一诉讼模式而去创新一种新型模式或盲从他国模式,不仅要耗费巨大的人力、物力乃至时间成本,其效益是否可观也犹未可知。因此,审视我国特有的政治体制与法治传统,以“环境民事公益诉讼(包含生态环境损害赔偿诉讼)+环境行政公益诉讼”的二元模式是我国环境公共利益司法体系整合与型构的最优模式选择。

(二) 型构的逻辑理路 “预防 + 填补 + 监督”三位一体

1. 风险预防: 环境民事公益诉讼的理念转向

一般认为,环境民事公益诉讼亦兼具预防性司法救济与补偿性司法救济之功能指向[19],这也从我国现行立法对于环境民事公益诉讼的概念中得以印证。但司法实践中,却更多地围绕环境损害的事后填补性救济,缺乏对于环境风险司法预防的聚焦。由于生态环境具有显著的不可逆性,一旦受到侵蚀,其难以通过技术手段实现原真性恢复。因此,我们在生态环境立法中确立了预防原则。而这一原则不应仅贯彻于立法、执法之中,还应彰显于司法程序之中。针对当前我国在环境公共领域新增了凸显“损害填补”为导向的生态环境损害赔偿诉讼,那么即有必要对现行环境民事公益诉讼的价值导向和功能定位进行调整,其核心理念应凸显环境风险的预防与阻却,而非获得因环境损害所产生的技术性或货币性救济。为此,以示区别,可将现行环境民事公益诉讼命名为“环境风险预防诉讼”,即为了保障环境公共利益,预防生态环境损害造成严重不利后果情形的发生,对于正在实施且尚未造成严重后果的一般性环境风险行为或存在环境风险之虞时,可以由符合法律规定条件的社会组织和检察机关向人民法院提起以“停止损害、排除妨碍、消除危险”等为请求的环境风险阻却之诉,形同与美国环境公民诉讼中的“禁止令。”

2. 损害填补: 生态环境损害赔偿诉讼的价值内核

根据《改革方案》及《若干规定》关于生态环境损害赔偿诉讼的定义,它是指对已经发生且具有严重后果的环境损害行为,由享有履行国家环境保护义务的

政府作为权利人在与损害责任者就损害事实与责任承担方式等具体问题进行诉前磋商,经磋商未达成一致时向人民法院提起以“生态修复或恢复”或“难以恢复情形下之金钱赔偿”等为请求的损害填补之诉。因此,其功能在制度拟议和确立时即已非常明确,旨在通过司法途径对基于严重环境损害行为所造成的环境经济价值和生态价值进行填补。同时,它也蕴含基于损害赔偿机制而形成的外在于警示性作用,促使公民和企业事业单位在生产经营过程中积极预防生态环境损害行为的发生,因而也表现出一定的预防性救济功能。但相比较而言,生态环境损害赔偿诉讼在其功能指向上更突显其“填补性”,用以救济穷尽行政手段所无法涵盖的生态功能损失。

3. 补充与监督: 检察公益诉讼的逻辑使命

鉴于检察机关作为我国法律监督机关的职能定位,其在环境公益诉讼中不能充当“急先锋”,应当秉持谦抑、辅助和补充原则,恪守“补充公益人”的职责。其具体表现为,首先,由于检察机关在调查、取证、诉讼能力方面具有较强优势,其可通过事前通告的形式,既可鼓励、支持符合条件的社会组织提起环境民事公益诉讼,亦可督促政府及其指定的机关与赔偿义务人开展磋商或磋商不成时提起诉讼,由此形成检察公益诉讼与环境民事公益诉讼、生态环境损害赔偿诉讼的衔接。其次,通过诉前检察建议,监督政府、相关行政部门勤

勉履责,纠正行政违法行为或不作为,倘若其在规定的期限内仍不履行,检察机关即可依法启动环境行政公益诉讼程序。但需要特别注意的是,检察公益诉讼仅为一种垫底的、最终的选择。

四、结语

环境司法,作为环境公共利益保护与救济的最后一道防线,其完善的体系建构、严谨的程序规则、融洽的衔接机制,能够有效实现公众、社会组织、政府机关等多元主体在生态环境保护中的协作共治。如今,随着我国生态文明体制建设的逐步推进,虽已在环境公共利益司法层面初步形成了民事公益诉讼、行政公益诉讼以及生态环境损害赔偿诉讼的多元诉讼模式,汇集了公众、社会组织、检察机关、法院等多元主体,但由于立法层面的阙如引发了司法实践中程序间的混沌与冲突,尚未建立起体系化的协作共治模式。为此,我们可以借鉴美国环境公共利益司法多元诉讼程序的整合模式,在明确多元诉讼程序的适用范围、价值功能的基础上,现阶段仍以传统的“民事公益诉讼+行政公益诉讼”二分的模式,按照“预防(环境风险预防诉讼)+填补(生态环境损害赔偿诉讼)+监督(检察公益诉讼)”三位一体的功能架构对多元并立的诉讼程序进行体系化整合与型构,以实现我国环境公共利益司法救济的整体性覆盖。

参 考 文 献

- [1]张晏. 环境公益诉讼的法律适用——基于对环境公益诉讼功能定位的思考[J]. 南京工业大学学报(社会科学版) 2016 (4).
- [2]高利红,周勇飞. 环境法的精神之维——兼评我国新《环境保护法》之立法目的[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版) 2015 (1).
- [3]张宝. 生态环境损害政府索赔制度的性质与定位[J]. 现代法学 2020 (2).
- [4]史玉成. 生态环境损害赔偿制度的学理反思与法律建构[J]. 中州学刊 2019 (10).
- [5]奚晓明. 最高人民法院关于环境民事公益诉讼司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社 2015.
- [6]陈海嵩. 生态环境损害赔偿制度的反思与重构——宪法解释的视角[J]. 东方法学 2018 (6).
- [7]李浩. 生态损害赔偿诉讼的本质及相关问题研究[J]. 行政法学研究 2019 (4).
- [8]詹金峰,汤维婷. 论生态环境损害赔偿制度与检察公益诉讼的衔接[J]. 中国检察官 2019 (3).
- [9]巩固. 检察公益“两诉”衔接机制探析——以“检察公益诉讼解释”的完善为切入[J]. 浙江工商大学学报 2018, (5).
- [10]Robert V. Percival, et al. Environmental Regulation: Law, Science and Policy [M]. New York: Wolters Kluwer Law & Business Pub 7th ed 2013.
- [11]Black's Law Dictionary 261 8th ed. 2004.
- [12]王曦,张岩. 论美国环境公民诉讼制度[J]. 交大法学, 2015 (4).
- [13]王明远. 美国妨害法在环境侵权救济中的运用和发展[J]. 政法论坛 2003 (5).
- [14]Gred Winter. European Environmental Law: A Comparative Perspective [M]. Dartmouth Publishing Company, Brookfield, 1996.
- [15]巩固. 美国环境公民诉讼之起诉限制及其启示[J]. 法商研究 2017 (5).
- [16]吕忠梅. 环境公益诉讼辨析[J]. 法商研究 2008 (6).
- [17]丁国民,高炳巡. 论我国环境公益诉讼的归位与诉讼模式的选择[J]. 中国社会科学院研究生院学报 2016 (6).
- [18]黄锡生,谢玲. 环境公益诉讼制度的类型界分与功能定位——以对环境公益诉讼“二分法”否定观点的反思为进路[J]. 现代法学 2015 (6).
- [19]唐瑭. 风险社会下环境公益诉讼的价值阐释及实现路径——基于预防性司法救济的视角[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版) 2019 (6).

(责任编辑 朱春玉)

The Beauty of Wetland: The Covering and Displaying

(U. S.) J. Baird Calicott

Abstract: Mountains used to be as frightening and hateful as wetlands ,but their beauty has been displayed to a certain extent under the influence of modern landscape painting ,while wetlands are still an aesthetic symbol of evil and ugliness. Though Thoreau ,Muir and Leopold ,three representatives of American environmental philosophy ,all once expressed their aesthetic appreciation of wetlands ,their perspectives were different from each other. For Thoreau and Muir ,the beauty of wetlands depends largely on their interest in flowers and wilds ,while Leopold draws more inspiration for aesthetic appreciation of wetlands from natural history and ecology. He argues ,for example ,that cranes as wetland animals are older than other large American birds ,and that the evolutionary information and theoretical perspective enhance human aesthetic experience of cranes. At the same time ,the ecological relationships among wetland species such as the beneficial connection of sphagnum moss ,Larix laricina and Nepenthes mirabilis form our aesthetic experience of wetland ecological community. Leopold's land aesthetic involves all sensory modes and emphasizes cognition and sensation. In this respect ,it is more similar to music aesthetics than to painting aesthetics.

Urban – rural Integration Development and Innovative Governance of Poverty: A perspective of Social Modernization

LIU Zu – yun

Abstract: The urban – rural integration development is both the important symbol of successfully achieving modernization in developing countries or regions and the path of Chinese successful modernization. The urban and rural barriers' fading away shows that Chinese urban – rural development pattern has turned from binary development to integration development and the rural development model is being transformed from dependence into independence. Since the reform and opening – up ,the urban – rural gap has been gradually widened: On one hand ,it is because of the legacy and influence of old mechanisms of urban – rural connection ,and thus it is suggested that the institutional defects in living security and improvement for farmers should be remedied in the present governance; On the other hand ,the reason lies in the noticeable disparities between the capital and labour income ,and therefore it is suggested that the rural – urban poverty governance should not only focus on the absolute poverty to help the absolute poor people out of poverty through targeted poverty alleviation ,but also attach importance to relative poverty to provide policy support to people who only live by labour income such as villagers ,urban workers and migrant workers travelling between urban and rural areas.

On the Acquisition and Effect of Welfare for the Poverty – alleviation Households: A Multidimensional Welfare Perspective

FAN Hui – fang

Abstract: The welfare issues involve the ultimate goal of poverty alleviation ,and the welfare type and effect of poverty – stricken households are closely related to the efficacy and significance of poverty alleviation. The welfare of poverty – alleviation households can be divided into four types: preferential material welfare ,preferential spiritual welfare ,inclusive spiritual welfare and inclusive material welfare. Although poverty alleviation policies are relatively diversified ,preferential material welfare shows a "selective" character due to the "self – protection logic" in the implementation of policies. Preferential material and spiritual welfare may lead to the welfare dependence of the poverty – stricken household ,but the inclusive material welfare can effectively enhance the viability of the poverty – stricken household. The main content of preferential material welfare belongs to the welfare for survival ,while the last three types belong to the welfare for development. In addition ,the fragmentation of welfare calls for the rapid promotion of welfare integration in the field of social policy.

Diversification Procedure Approach to the Integration and Construction of the Environmental Public Interest Judicial System

ZHOU Yong – fei; GAO Li – hong

Abstract: As the compensation system for ecological environment damages is established and put into the trial implementation ,China has formed a pattern of diversification procedure of the damages litigation of ecological environment ,the environmental civil public interest litigation and the environmental administrative public interest litigation operated together in the environmental judicial field. However ,in terms of the absence in the current law norms ,the diversification procedure operated together does not reach the ideal vision of coordination and co – governance for environment ,but leads to juridical practice falling on hard times intertwining confusion with conflict. With reference to the integration and creation of the American environmental public interest judicial system ,according to Chinese traditional basic model of "civil – administrative" dichotomy ,diversification procedure in Chinese environmental public interest judicial system can be systematically integrated and created following the triad function – oriented pattern of "precaution (the environmen-

tal precautionary public interest litigation) + complement (the damages litigation of ecological environment) + supervision (the procuratorial public interest litigation) .

On Fiscal Restructuring System of Local Government from the Perspective of National Governance Modernization

LI Shuai

Abstract: Nowadays , as the debt risks of local government in China are becoming more obvious with each passing day , many scholars put forward their suggestions on resolving the local debt default by means of the bankruptcy law , but the local government bankruptcy system does not match Chinese national conditions. In the premise of limited finance , it is suggested to establish the fiscal restructuring system of local government , and then restrict and adjust the local financial activities through the financial law so as to systematically prevent local government debt risks. Specifically , the restructuring system should be established by legislation , the local government reaching the restructuring limits can apply for finance adjustment , and the restructuring agreement as well as the repayment schedule should be made. Then the local government stuck in the distressed debt can get through the crisis by performing the agreement to achieve the normal fiscal order and capacity.

The Market Reaction of Non – standard Audit Opinions under Double Audit Mode

ZHANG Li – wen , ZHANG Li – min

Abstract: The audit opinions of non – standard internal control can independently deliver information to the market that fraud may occur in the company. Investors have significant negative market reaction near the audit announcement date , and the audit opinions of non – standard internal control strengthen the negative market reaction of audit opinions on non – standard financial reports. However , the listed companies that receive the audit opinions of non – standard financial reports separately do not show the expected market reaction. The internal control audit system plays an active role in promoting the efficiency of market resource allocation , but it can not supervise and urge companies to correct the defects of internal control in time. The regulators should promote the disclosure of effective information on companies' internal control when making policy , urge companies to correct the defects of internal control in time , improve the industry expertise of internal control auditors , and help companies establish effective internal control to deal with fraud and violations that may happen.

Performance and Characteristics of the Resilience of Global Capital Markets Since the Financial Crisis

HU Hai – feng , SONG Xiao – xiao; DOU Bin

Abstract: The capital market resilience is an important symbol of the quality and maturity of a country's capital market. Since the outbreak of the financial crisis in 2008 , the capital markets of various large economies have experienced varying degrees of recession or recovery. After examining the stock market indices from 22 developed markets and 24 emerging markets from 2007 to 2019 , it is found that the stock market resilience of emerging markets is stronger than that of developed countries on the whole , which is mainly determined by the strong recovery and adjustment ability of emerging markets , but there are large differences of resilience among emerging markets. It is revealed that the resistance , recovery and adjustment ability as well as overall resilience performance of China's stock market still lag behind the international average and are seriously incompatible with economic development. The resilience of capital market is the intrinsic property of market , which is determined by the internal factors such as the capital market infrastructure , market structure and mode of operation. In the future , China should deepen the supply – side reform of the capital market , strengthen market resilience from the aspects of two – way opening up of capital market , market transparency , institutional investors and risk prevention and control system , and give full play to basic functions of capital market to promote the high – quality development of China's economy.

The Process of RMB Internationalization over Ten Years: Theoretical Revision and Policy Adjustment

LI Yong – ning; WEN Jian – dong; HUANG Ming – hao

Abstract: The RMB internationalization has gone through three major stages: market orientation , government advancement and market selection. Owing to the deviation between theories and practices , the RMB internationalization still faces many difficulties such as the cross effect of international currency's thresholds , the realization path of currency function , the hysteric nature of currency internationalization , the gradualness of Chinese capital projects opening up to the world and the priority of national strategies , those issues which are challenges for the RMB internationalization. It has been made clear that the objective of RMB internationalization is to provide

指导性案例同质化处理的困境及突破

● 资 琳 *

【内容摘要】 最高人民法院颁布的指导性案例的性质具有多样性,但我国的学术研究和最高人民法院的制度设计却将指导性案例作同质化处理。这种处理模式在理论上忽视了我国的司法现状,在实践中导致了指导性案例适用的混乱。要突破这种困境,必须在类型化思维下探讨指导性案例的适用。最高人民法院发布的 64 个指导性案例,以其所欲实现的功能作为导向,根据其法律适用方法的不同,可以分为造法型、释法型、宣法型三类。三种类型的指导性案例在效力、类似案件的判断、援引方式上都应该有所区别。

【关键词】 指导性案例 同质化 类型思维 造法型 释法型 宣法型

目前学术界对最高人民法院指导性案例的研究主要呈现出两种态势:一种是从整体宏观的层面对指导性案例的效力、适用、生成机制作理论上的探讨;另一种是对某个具体的指导性案例进行分析,对该指导性案例适用的方法、法条解释等问题作出探讨。尽管这两类研究的着眼点有所不同,但都是以造法型指导性案例作为分析依据,而没有根据指导性案例的不同性质就其适用与效力作出分类的研究。与此相应,最高人民法院对指导性案例的适用,在制度上也作出同质化的规定,统一规定指导性案例具有“参照”的效力,应该在裁判理由部分予以援引,并没有区分不同性质的指导性案例予以分别规定。可见,我国的学术研究和最高人民法院的制度设计都将指导性案例作同质化处理。但吊诡的是,最高人民法院所颁布的指导性案例却具有多种类型。很多学者也指出或者意识到了访点,比如有的学者将“两高”发布的第一批指导性案例分为规则创制型、政策宣示型和工作指导型;^[1]有学者依据指导性案例的典型性特征分为事实认定型和法律适用型;^[2]还有很多学者赞同将指导性案例分为释法型、造法型和直接适用型。^[3]面对上述现状,人们不禁产生疑惑。为什么学者们认识到指导性案例的多样性,而在学术研究上却对指导性案例做同质化处理?最高人民法院颁布的指导性案例

* 作者单位:中南财经政法大学法学院。本文是国家社科基金“我国裁判文书制度的法理检视与体系重构研究”(14BFX056)的阶段性成果。

[1] 参见陈兴良:《案例指导制度的规范考察》,《法学评论》2012 年第 3 期。

[2] 参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012 年第 1 期。

[3] 赞同如此分类的代表性文章有雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015 年第 1 期;张骞:《再论指导性案例效力的性质与保证》,《法制与社会发展》2013 年第 1 期;瞿灵敏:《指导性案例类型化基础上的“参照”解读》,《交大法学》2015 年第 3 期。上述学者们在如何称谓不同类别的指导性案例时有不同表述,但是其内涵基本是一致的。

的性质具有多样性,但在制度设计上最高人民法院为什么不分类规定?这种背离会导致什么样的结果?又该如何突破这种理论与现实相背离的困境呢?

一、指导性案例同质化处理的困境

(一)理论困境的形成及原因

尽管很多学者承认最高人民法院颁布的指导性案例不仅限于造法型,但他们在分析指导性案例的适用时,却采用了同质化的方式,只以造法型指导性案例作为分析对象。出现这种现象的原因就在于:学者们对指导性案例的认识是建立在西方判例制度基础上的。在英美法系,法官只能在成文法没有明确规定时,才可以创造判例法;而在大陆法系,同样也仅在需要法院填补成文法空白时,才会出现司法惯例。^[4]所以,我国学者们也基本赞同指导性案例的作用在于创制法律规则,统一裁判尺度。^[5]而对于直接适用型的案例,学者们则认为没有必要成为指导性案例,因为该类案例没有创制法律规则的作用。对于释法型与造法型之间的区别,有学者认为,释法很大程度上也是对法律的补充,法官们会以释法之名掩饰造法,^[6]如此一来,自然也没有必要将指导性案例区分为释法型与造法型予以讨论。依据学者们同质化的研究,指导性案例应该仅限于具有造法性质的指导性案例。与此相应,法官在后案的类似案件中,也就必须援引指导性案例,否则后案就没有规则可以援引或者后案的判决与前案不同。但是这种同质化的处理忽略了我国的司法现状。

首先,同质化处理忽略了实现“同案同判”在中国的特殊性。案例指导制度是我国司法实践的一个重要举措。从其产生的初衷来看,主要目的是为了实现“同案同判”。促成“同案同判”的实现主要通过两种方式:一是统一裁判规则;二是示范如何适用规则。对于第二种方式,西方国家主要通过法学教育完成。其判例制度主要的功能仅是在法律缺乏明文规定时,明确规则的隐含意义或创制新的规则,从而促成“同案同判”。而我国的法学教育很大程度上缺少对法学学生法律方法的训练,所以很多法官尽管受过专门的法学教育,但仍然不知道如何将法律适用于个案中,从而导致同案不同判。基于这种现实,最高人民法院相关发言人和司法实务界的很多大法官会认为,指导性案例“可以在‘抽象到具体’的法律适用中,增加一个‘具体到具体’的参照”。^[7]从现有的64个指导性案例来看,绝大多数的指导性案例并不具备明确或创制裁判规则的作用,其主要作用就是为了告诉法官适用法律的基本方法,从而在法律方法、法律思维的意义上教法官如何判案。这类案例属于“典型性”的案例。对于有经验的法官而言,他无需参照此类指导性案例,同样也能依据现有法律做出恰当地判决。对于没有经验的法官,他从指导性案例中所获取的是一种思维方式、推理过程,这是一个综合的过程,很难概括是从哪一个指导性案例中获得的。通过对指导性案例的阅读和理解,他在碰到同类后案时即使不援引指导性案例,也自然会准确地适用法律。这类案件与西方意义上的造法型或释法型判例并不相同,没有必要强制法官予以适用。

[4] D.K.Lipstein, *The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol.28, 1946,p.43.

[5] 持这些观点的代表性文章有:陈兴良:《我国案例指导制度功能之考察》,《法商研究》2012年第2期;陈金钊:《案例指导制度下的法律解释及其意义》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期;张志铭:《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,《学习与探索》2012年第3期;胡云腾:《案例指导制度的构建意义深远》,《法制资讯》2013年第10期。

[6] 具体论述参见前注[3],张骏文。

[7] 参见《最高人民法院加强案例指导工作情况新闻发布稿》, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14623.html>. 2015年6月2日。

其次,同质化处理忽略了“司法效率”、“法制宣传”功能的独立性。从指导性案例的遴选标准可看出,指导性案例的作用不限于“统一裁判尺度”。2015年5月,在《关于案例指导工作的规定实施细则》的新闻发言稿中,最高人民法院的发言人则明确将建立和完善案例指导制度的功能归纳为三个方面:统一裁判尺度;提高司法效率;宣传法制。^[8]但是在同质化思维下,学者们对指导性案例的功能也呈现出片面化的理解,他们基本围绕着“统一裁判尺度”这一功能进行讨论。对具有造法性质的指导性案例而言,实现了“统一裁判尺度”这一功能,自然也就实现了“司法效率”与“法制宣传”的功能。但是对于“典型性”案例和社会广泛关注的“新类型”案例而言却并非如此。如上文所述,“典型性”指导性案例旨在通过传授法律适用的方法而实现“同案同判”,如果要求法官对待这类指导性案例也如同“造法型”指导性案例一样,在后案类似案件中也必须援引参照。这就意味着待决案件已有相关法律规定,法官也知道如何依据法律进行推理、论证并予以裁判,却还必须在指导性案例中找出类似案例,论证该案件与待判案件的类似性、阐述是否援引指导性案例的理由,这无疑加重了法官的工作,降低了司法效率,却对案件的公正恰当审判没有实质意义的助益。可以预见,随着指导性案例的增多,法官在审理后案时,寻找类似指导性案例的工作会耗费更多的时间。所以会有很多法官认为没有必要适用指导性案例。^[9]而“社会广泛关注的、新类型”的指导性案例并不存在法律适用上的争议,只是适用新法的典型案例,起不到统一裁判尺度的作用,其主要目的是向民众展示社会主义核心价值观,宣传新法的内容,从而起到“警示作用,借鉴作用”^[10]。

(二)实践困境的形成及表现

指导性案例的同质化处理忽略了我国指导性案例的多样性,背离了案例指导制度的初衷,从而使最高人民法院在制度设计上处于了两难境地。如果要贯彻同质化的思路,最高人民法院在制度设计上具有两种选择:第一,改变案例指导制度建立的初衷,全面清理指导性案例,只保留具有造法性质的案例。如此一来,最高人民法院发布的指导性案例当中的大多数案例都必须予以撤销,这必然会消解案例指导制度和指导性案例的权威性,最高人民法院自然不愿意如此做,从近期最高人民法院发布的指导性案例的性质来看,最高人民法院也并不打算这样做。第二,继续保留指导性案例性质的多样性,但是在制度上明确规定指导性案例具有强制拘束力。但这种方案则可能产生上文所述的增加司法负担的情形,而且还会导致制度与理论的脱节。最高人民法院同样也不愿如此行为。因而,在同质化的思维模式下,最高人民法院只能在制度规定上语焉不详,尽管确定了法官在后案类似案件中应当参照指导性案例,但却规定法官不能在裁判依据中援引指导性案例,也不规定法官如果不参照指导性案例有什么样的后果。制度上的模糊不清,也就导致了法官随意地对待指导性案例,从而致使指导性案例的适用混乱,具体表现为以下三个方面。

第一,司法实践对指导性案例的效力认识不一。根据实践调查的数据,只有少数法官认为指导性案例具有应当遵循的效力,而有的法官不关注指导性案例,甚至有的法官根本就不知道还有指导性案例,大多数法官都认为是否援引指导性案例应该由法官来自由决定。^[11]第二,指导性案例的适用方式混乱。法官对指导性案例的适用显示出很大的随意性。从现有的资料看,法官援引指导性案例予以裁判的情形,绝大多数是应当事人请求而予以援引,法官主动援引的情形非常少,而且在很多案件

[8] 同注[7]。

[9] 参见赵瑞昱、耿协阳:《指导性案例“适用难”的实证研究》,《法学杂志》2016年第3期。

[10] 苏泽林:《充分发挥中国特色案例指导制度作用 积极履行人民法院历史使命》,《法律适用》2011年第1期。

[11] 同前注[9],赵瑞昱、耿协阳文。

中,当事人要求援引某个指导性案例,法官不予回应。^[12]第三,与指导性案例相似的案件并未得到同判。以指导性案例24号为例,该指导性案例是实践中法官提及最多的案例,但是有的案件明显与指导性案例24号相类似,法官并没有参照指导性案例24号予以判决。例如在梁昌礼、唐红芳与唐洪亮、怀远县宏达运输有限责任公司机动车交通事故责任纠纷案中,^[13]法官明确指出不参照指导性案例24号,但是该案与指导性案例24号的裁判要点具备实质的相似性。^[14]

二、以类型化处理的方式突破指导性案例的困境

指导性案例的同质化处理忽略了我国指导性案例的多样性,这不仅有背我国案例指导制度建立的初衷,而且导致了指导性案例适用的混乱,案例指导制度的“指导性”功能也自然落空。我国指导性案例的性质具有多样性,每种类型的指导性案例实现其功能的方式并不相同,如要在整体上全面实现指导性案例的“指导性”功能,在理论上首先要以类型思维为基础,以指导性案例所欲实现的功能为导向,对指导性案例作类型化处理。

(一) 指导性案例类型化的依据

根据指导性案例所欲实现的主要功能、法律适用方式的不同,最高人民法院已经颁布的64个指导性案例可以分为造法型、释法型、宣法型三种类型。造法型指导性案例是在法律没有规定或者规定有冲突、不合理、不明确,导致没有法律可以适用或者对法律的理解争议很大时,法官借助各种法律适用的方法填补法律空白,作出恰当判决的案例。在释法型指导性案例中,法律条文的含义比较明确或者争议不大,但是对于哪些法律事实能够涵摄于法律规定之中存在着争议,法官在案件裁判过程中,结合该案的具体法律事实、法律关系、争议焦点等对法律规则的适用进行了合理阐释,从而作出判决。宣法型指导性案例是在新的法律颁布实施以后,法官适用新的法律条文裁判案件,并具有典型、示范意义的案例。对于此分类标准及其理由,需要说明以下几点:

1. 释法型指导性案例中对法律的解释是主观解释。法律解释依其目标不同可以分为主观解释和客观解释。主观解释追求立法者的主观意图,在法律解释的方法上更为偏好语义解释、逻辑解释、狭义的体系解释,可以说主观解释的主要目的不是解决法律条文含义不清的问题,而是解决抽象规则如何与具体事实相对应的问题;客观解释追求法律规范的客观目的,因而法律方法上会推崇广义的体系解释、目的解释。通过客观解释,法官实质上已经在造法。^[15]因而严格意义上的释法型指导性案例是在主观解释的意义上阐释法律,也即运用语义解释、逻辑解释、狭义的体系解释方法来确定法律条文含义的指导性案例。依循客观解释的目标,使用目的解释方法,进行法律阐释的指导性案例,则在功能上应该属于造法型指导性案例。

[12] 笔者以“指导性案例”和“指导案例”为关键字搜索了中国裁判文书网中从2011年12月20日到2016年8月5日的所有判决书,共计1094篇,其中涉及到是否援引某个指导性案例的共有407篇。在这407篇判决书中,法官主动提及是否援引指导性案例的仅占81篇;当事人提出应该参照某个指导性案例的有326个,但是法官予以回应是否参照的只有46篇。

[13] 参见安徽省芜湖市中级人民法院[2014]芜中民一终字第00964号判决书。

[14] 该案判决书中写道“根据双方庭审意见、鉴定意见结论及鉴定人员庭审陈述,结合本案证据材料,认定梁昌礼双侧重度肾功能障碍(伤残三级)与交通事故之间的参与度为50%符合案情,一审法院结合损伤参与度计算残疾赔偿金于法有据,应予支持。”然而,指导性案例24号的裁判要点恰恰是明确交通事故中侵权损害赔偿应以过错为归责原则,不应以参与度计算赔偿数额。因此,该案判决书中提出的不参照理由违背了指导性案例24号的裁判要点。

[15] 关于这个问题的具体阐述请参见郑永流:《出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》,《法学研究》,2002年第3期。

2. 对指导性案例的分类要遵循案例的“事物本质”^[16],而不仅仅是法官裁判案件的说明。如果某个案例的判决在本质上起到了创造新的法律规则的作用,即使裁判要点和法官判决书都未确认该案例的造法功能,也应该认定为是造法型的。例如指导性案例6号。从表面上看,法官是对我国《行政处罚法》第42条,“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。”这一条款中的“等”的含义作出了法律解释,但实质上却是对法律没有规定内容的一种漏洞补充,所以该案例也应该属于造法型的指导性案例。^[17]

3. 确定指导性案例类别的法律基础是案件判决当时的法律,而不是指导性案例发布时的法律。指导性案例是最高人民法院从历年的最高人民法院公报中挑选出来,进行编写后予以发布的,其发布时间和案例的判决时间不一致。因此,案件判决时所依据的法律规定在发布时可能会发生变化,原来的判决可能对法条进行了漏洞补充,但此案例所补充的内容可能被之后新的司法解释或新的立法所吸收。根据指导性案例发布之时的法律来判断,这类案例可能就已经失去了造法的意义。例如指导性案例19号,该案例是2009年的终审裁判,2013年被最高人民法院确定为指导性案例。该案件将“机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用,或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止,套牌机动车发生交通事故造成他人损害的”这种行为认定为《侵权责任法》中的共同侵权责任,根据当时的法律,这种行为并没有确定为共同侵权或需要承担连带责任,因而这个判决具有漏洞补充的作用。但是2012年颁布的《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第5条明确规定,“套牌机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任,当事人请求由套牌机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的,人民法院应予支持;被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的,应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任”。如果依据该司法解释,该指导性案例只是对该司法解释的具体适用,已经丧失了漏洞补充的作用。

(二)处理的结果及其说明

根据上述分类标准及依据,64个指导性案例中,属于造法型的有24个,属于释法型的有35个,属于宣法型的有5个。具体分类结果见下表。

类型	案号	合计总数
造法型	2、6、8、9、15、16、18、19、20、21、22、23、24、29、34、38、40、42、45、48、49、50、54、56、57、58、59	27个
释法型	1、3、5、10、11、13、17、25、26、27、28、30、31、32、33、35、36、37、39、41、43、44、46、47、51、52、53、55、61、62、63、64	32个
宣法型	4、7、12、14、60	5个

在造法型的27个指导性案例中,行政、社会保障类案例6个,诉讼程序类案例2个,其余19个都

[16] 关于类型思维与事物本质之间关系的详细论述请参考[德]考夫曼《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第105~107页。

[17] 关于这个案例的具体讨论请参见孙光宁:《法规范的意义边缘及其解释方法——以指导性案例6号为例》,《法制与社会发展》2013年第4期。

属于民商事案例。这27个指导性案例要么填补了法律漏洞,要么明确了规则的模糊含义,其中填补漏洞的有6个,明确模糊法律条文含义的有21个。造法型指导性案例的功能主要是为了统一裁判尺度。由于法律存在漏洞,法官几乎没有可以直接适用的法律,在确定案例指导制度之前,法官面对这类案件要么请示上级法院或最高人民法院,要么根据法律原则进行个案的漏洞补充。前者可能使得法官完全丧失了司法能动性,而后者由于法官缺少必要的法律方法的训练,可能导致法官对自由裁量权的滥用,造成同案不同判的现象。所以最高人民法院试图通过这类指导性案例“为广大法官审理类似案件提供参考,有效规范和限制自由裁量权,确保同类案件法律适用基本统一,裁判尺度基本相同,处理结果基本一致。”^[18]

释法型指导性案例所涉法律关系非常广泛,包括了民商法、行政法、社会保障法、诉讼法、刑法五个部门法领域。这些案例中,对法律的理解没有太多的争议,也不存在疑难复杂情形,不过这些案例具有典型性,法官通过阅读这类案件可以迅速理解该类案件的法律要旨和事实涵摄的裁判技巧。在释法型指导性案例中,又可分为对法律进行解释的案例和对事实进行解释的案例。在对法律的解释中,法官只需通过语义解释、逻辑解释就能够最终获得对法律含义的准确理解,属于一种“当然解释”。比如:指导性案例13号,将剧毒化学品氰化钠认定为刑法规定的“毒害性物质”;确定“非法买卖毒害性物质”并不需要兼有买进和卖出的行为。这是语义解释的应用,其解释结果其实属于法律应有之意。再如:指导性案例61号,则运用逻辑解释的方法对于如何正确理解刑法第184条第4款,给出了说明。释法型指导性案例中除了对法律含义进行当然解释的案例,还有很大一部分是对某个事实能否涵摄于规则之中的阐释。比如:指导性案例63号,则是结合具体案件,对被申请人或者被告人是否“有继续危害社会可能”从而强制医疗作出了判断。可以看出,最高人民法院发布释法型指导性案例的功能不在于创制或明确法律规则,而是试图通过在法律方法上和法律思维上教授法官如何适用法律,起到提高审判质量和审判效率的作用。

宣法型的指导性案例在法律理解和事实判断上没有任何争议,只是在新法颁布后适用该新法的典型案件。这类案件属于最高人民法院提到的“新类型”的案件。比如指导性案例7号,就是对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第34条的适用,案件判决之时,这条司法解释刚出台。再如指导性案例4号和12号,则属于适用刑法修正案(八)中限制减刑制度的新类型案件。最高人民法院颁布该类指导性案例的主要目的就是让民众更为方便、快捷地了解新的法律,对法官如何适用新法律作出示范,从而起到宣传新法的作用。

三、以案例效力的分类建构指导性案例的理论基础

指导性案例的类型化,只是实现指导性案例功能的前提,要落实案例指导制度,在理论上首先必须对指导性案例的效力作出界定。我国大多数学者主张指导性案例具有拘束力。但对于拘束力的来源,则有不同的学说,代表性的观点有准法源说^[19]、规范拘束力说^[20]、事实拘束力说^[21]、说服力说^[22],但很少有学者将指导性案例的效力进行分类探讨。指导性案例的效力是适用指导性案例的前提,根

[18] 同前注[7]。

[19] 同前注[3],雷磊文。

[20] 参见李仕春:《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》,《法学》2009年第6期。

[21] 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》2008年第6期。

[22] 参见傅郁林:《建立判例制度的两个基础性问题——以民事司法的技术为视角》,《华东政法大学学报》2009年第1期。

据指导性案例的不同类别,对指导性案例的效力予以分类确定,是实现指导性案例功能的理论基础。

(一)造法型指导性案例具有准法源的效力

虽然,造法型的指导性案例在我国不具备正式法律渊源的效力,但应具有准法源的地位,各级法院应当予以遵循^[23]。正如恩吉施所言“漏洞产生于制定法没有,习惯法也没有对一个法律问题给出直接回答的地方。”^[24]当正式的法律渊源缺乏待判案件的具体规定时,则产生了法律漏洞,根据法官不得拒绝裁判原则,法官在很大程度上就只能通过填补法律漏洞来予以判决。将这些案例中判决合理、恰当,具有普遍意义的作为指导性案例予以公布,对后案的裁判无疑具有很好的指导意义。严格而言,只有这类指导性案例才具有国外判例的意义,在内容上填补了现有法律的空白。而且造法型指导性案例在形式上经过了最高人民法院的确认,其性质类似于最高人民法院司法解释中的“批复”,如果这些案例不与正式法律渊源以及公平正义的原则相背离,则应当遵循。在后案审理中,如遇到类似案件,法官应该主动直接援引该指导性案例。不过,造法型指导性案例只具有准法源的地位,所以其效力是可以被推翻的。推翻其效力的情况有两种,一是形式上与正式法源相违背,其当然失效,这一点在《关于案例指导工作的规定实施细则》中已经予以了规定。^[25]二是,如果指导性案例违背了公平、正义的要求,后案法官可以拒绝接受该指导性案例。^[26]不过推翻指导性案例需要特殊详细的说明。这样的说明,也被称之为“背离性引证”。有的指导性案例在判决当时是公正合理的,但是由于世事变迁,原判决的基础发生了变化,在后案中,如果再依据指导性案例作出同样的判决,则可能不再恰当。这种情形也可以成为推翻指导性案例的理由。推翻指导性案例除了需要实质上的详细论证之外,还需要严格的程序。在英美法系,只有作出该判例的法院及其上级法院才有权推翻该先例,下级法院是没有权力推翻上级法院的判决的^[27]。德国法律则要求法院要背离原有判例作出新的裁决时,需要向上级法院报告。

(二)释法型指导性案例只具有参考的效力

笔者认为,释法型指导性案例则不具有应当遵循的约束力,不能成为后案法官裁判案件的直接依据,在后案类似案件中,法官没有主动援引释法型指导性案例的义务。作出这个论断的原因有以下几点:首先,释法型指导性案例仅仅是将法律具体化。哈特指出,构成法律规则的语言是普通语言而非逻辑语言,因此法律语言也具有普通语言的特征:即一般化语言所能提供的指引是有限的,语言有其意思明确的中心地带,也有含义模糊的边缘区域,这就是语词的开放结构。^[28]法官结合待判案件在法律文义内将法律的“开放结构”具体化,是其自由裁量权的体现。如果要求后案法官必须遵循释法型指导性案例,实际上就将法官的自由裁量权完全剥夺,这也不符合“法官独立审判”这一法治原则。其次,如果将这类指导性案例的效力等同于造法型案例,赋予应当遵循的效力,则会使得法律体系过

[23] 关于这个问题的论述参见前注[3],雷磊文。

[24] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第171页。

[25] 第12条:指导性案例有下列情形之一的,不再具有指导作用:(一)与新的法律、行政法规或者司法解释相冲突的;(二)为新的指导性案例所取代的。

[26] 正如德沃金所指出的,在疑难案件中法院应该遵循法律原则处理案件。这里的法律原则是指“作为该社会制度和法律基础的道德原则”,遵循这些原则是“因为公平、正义的要求”,而对违背这些原则的最高法院的判决,个人有权拒绝。关于这个问题的具体论述请参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第283页。

[27] 这是一个普遍的原则,但也并非绝对。具体论述请参见[美]理查德·A·波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第401页。

[28] 参见[英]哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第115页。

于僵化,这也是判例制度本身应该避免的结果。^[29]再则,如果强制法官主动援引释法型指导性案例,可能导致司法效率的低下。尽管释法型的指导性案例不具“应当遵循”的约束力,但是如果当事人提出要适用指导性案例的,法官如果不予以适用必须作出区别性的解释说明。由于每个案件都具有自己的独特性,所以,针对具体个案,法官们适用某一法律规则或者认定某一法律事实的做法,可能与指导性案例产生区别,但如果法官能够根据个案,对与指导性案例相区别的地方作出合理解释,其作出的判决也应当成立。假如当事人对此判决结果不予接受,则可以将法官与指导性案例的区别判决作为上诉理由。

(三)宣法型指导性案例不具有适用的效力

宣法型指导性案例的法律判断和事实认定,完全符合新法律或新的司法解释的构成要件,可以说,是适用新法的非常典型的案件,如果后案与某个指导性案例相似,法官只需要依照新的法律作出裁判即可,根本不需要参照这类指导性案例。而且有的案例对法官不具有强制拘束力,仅仅是法官权限的一种体现。比如指导性案例14号,发布该指导性案例的目的主要是宣传《中华人民共和国刑法修正案(八)》中关于禁止令的法条,该法条对法官而言是一个授权性条款。如果要求法官在后案类似案件中,参照该指导性案例“同案同判”,则意味着法官必须在后案类似案件中适用禁止令,这实际上就是把一个授权性规范变成了强制性规范,这不仅与该指导性案例颁布的功能相背离,而且还有违法律条文的原意。

综上,造法型指导性案例提供的是审理类似案件的规则,经过最高人民法院的认可,如果不与法治的原则相背离,它应当具有“应当遵循”的效力,后案法官具有主动援引的义务;释法型指导性案例则是法官审案经验的一种体现,其裁决依据仍然是既有法律规定,因此其效力要低于造法型指导性案例,不具有“应当遵循”的效力,只是为法官提供较权威的参考,为当事人提供可能的抗辩依据。宣法型指导性案例,其主要作用在于宣扬社会主义核心价值观,示范新法的适用,后案法官则无需援引该类案例。因而下文对指导性案例类似案件的判断及援引方式的阐述主要围绕造法型指导性案例和释法型指导性案例展开。

四、以案例援引的途径区别处置指导性案例的实践

(一)类似案件判断方法的差别对待

指导性案例的效力是适用指导性案例的理论前提,判断待决案件与指导性案例是否相似,则是能否援引某个指导性案例的先决条件。判断类似案件有两个核心要素,一是确定比较点;二是类似程度的判断。在这两个核心要素上,造法型指导性案例和释法型指导性案例仍然应该有所区别。

我国学者对指导性案例类似案件的阐述,大多针对造法型指导性案例。对于类似案件的判断究竟应着眼于哪些比较点,学者们有不同的看法。有学者认为争议焦点是认定案件是否类似的出发点。例如,胡云腾法官认为类似案件不仅仅是案情要类似,更重要的是案件中的争议焦点要类似;^[30]有学者则指出:先例式参照的表达内容是先例与待决案件的争点、结果与理由的比对;^[31]除了争议焦点之外,还有学者指出价值性判断是匹配类似与否的关键要素,只有待判案件的价值判断与指导性案例的

[29] 如何避免因为遵循先例的效力,而使得法律体系过于僵硬,这个问题一直是意大利学者们研究的重点。具体论述请参考薛军:《意大利的判例制度》,《华东政法大学学报》2009年第1期。

[30] 参见胡云腾主编:《最高人民法院指导性案例参照与适用》,人民法院出版社2012年版,第293页。

[31] 参见冯文生:《审判案例指导中的“参照”问题研究》,《清华法学》2011年第3期。

价值取向一致时,才能判断案件的类似性。^[32]

笔者认为,对造法型指导性案例而言,应该以裁判要点为参照,从基本案情和法律适用两个方面进行比对。根据《关于案例指导工作的规定实施细则》第9条的规定^[33],法官应该从基本案情和法律适用两个方面去比对待判案件与指导性案例是否相似。但是基本案情和法律适用的含义比较含糊,哪些案情事实构成了基本案情,哪些法律是需要比对的,并不好判断,所以必须结合裁判要点,才能确定哪些案件事实构成了基本案情,哪些法律是指导性案例的核心法律。以指导性案例45号为例,根据此裁判要点,^[34]如果要适用该指导性案例,需要比对的案件事实有如下几个点:(1)从事互联网服务的经营者;(2)在其他经营者网站的搜索结果页面强行弹出广告的行为;(3)妨碍其他经营者正当经营并损害其合法权益。需要比对的法律规定则是:违背了诚实信用原则和公认商业道德。

对于类似案件相似程度的判断,笔者认为在造法型指导性案例中不适宜用类推来判断是否类似,^[35]在这一点上我国造法型指导性案例与国外的判例是有所区别的。类推推理或者类推适用是指,运用类推将超出法律原意的事实纳入法律当中去,是补漏的一种方式。在国外,由于法官在将判例适用于后案时,首先需要对先例进行事实与技术的区分,从判例中归纳出所确定的规则和事实,因此,在比对待判案件与先例的过程中需要采用类推推理予以确定。而我国的指导性案例,已经概括出裁判要点,从裁判要点的内容看,其类似于抽象规则的表述,如果根据裁判要点以类推推理来确定后案与造法型指导性案例的相似性,那么无异于对“裁判要点”的补漏,这无疑不符合我国案例指导制度建立的初衷。有的学者主张根据后案与指导性案例的类似程度不同,指导性案例对后案的参照效力也有所不同。^[36]这个观点在理论上对认识指导性案例的适用很有意义,但是这种适用方式对法官的要求过高,不一定适合我国的司法实践。

综合各种因素,笔者认为,对造法型指导性案例而言,类似案件应该是“同案”,需要运用演绎推理来处理。法官在比对待判案件与指导性案例时,实际只需要或者也应该只是将待判案件与裁判要点中确定的法律和事实相匹配,^[37]看能否将待决案件的事实纳入到裁判要点的关键事实当中。指导性案例的裁判理由及判决书全文仅是为理解裁判要点提供注解和细节,从而有助于判断待判案件是否能纳入到指导性案例确定的裁判要点中。同样,以指导性案例45号为例,如果依据类推推理的方法,那么主体即使不是网络经营者,也仍然可能适用该指导性案例,只要其本质上构成违背诚实信用、损害了他人利益、存在竞争关系就可以认定为不正当竞争行为。但从演绎推理的角度来看,主体仅限于网络经营者,行为仅限于在他人搜索结果页面弹出广告,如果不是在搜索结果页面而是他人域名网页下强制弹出广告,就不能援引该指导性案例。

[32] 参见黄泽敏、张继成:《指导性案例援引方式之规范研究》,《法商研究》,2014年第4期。

[33] 该条规定的内容为:“各级人民法院正在审理的案件,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”

[34] 该指导性案例的裁判要点是:“从事互联网服务的经营者,在其他经营者网站的搜索结果页面强行弹出广告的行为,违反诚实信用原则和公认商业道德,妨碍其他经营者正当经营并损害其合法权益,可以依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条的原则性规定认定为不正当竞争”。

[35] 有不少学者从类推推理的角度来阐述指导性案例类似案件的判断,具体论述请参考张骥:《再论类似案件的判断与指导性案例的使用》,《法制与社会发展》2015年第5期。

[36] 参见王亚新:《一审判决效力与二审诉讼外的和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析》,《法学研究》2012年第4期。

[37] 有的学者则将裁判要点作为排他性的裁判理由,具体论述同前注[35],黄泽敏、张继成文。

但是,对释法型指导性案例而言,类似的判断则与造法型指导性案例不同。法官并没有主动援引释法型指导性案例的义务,如果当事人提出要适用,法官则必须对是否适用说明理由。此时,法官才有义务对比待判案件与指导性案例。在对比后案与释法型指导性案例当中,应该注意两点:第一,待决案件的法官除了参照案例的裁判要点,案例本身的判决理由也非常重要,因为仅根据裁判要点可能难以把握整个案件对法律适用的整体逻辑,从而做出错判。第二,法官判断后案是否与指导性案例相似,应该在法律文义范围内运用类比推理判断实质是否相似,而不是运用演绎推理的方式找同案。

(二)援引方式的分别规定

指导性案例应该以何种方式被援引,是案例指导制度是否具有生命力的外在体现。由于我国指导性案例存在多种类型,为了全面实现指导性案例的功能,在指导性案例的援引方式上,也应该分别对待。

笔者认为,针对造法型指导性案例,法官可以直接将该指导性案例的裁判要点作为裁判依据直接援引。首先,从理论上而言,将指导性案例直接作为裁判依据予以援引并不存在障碍。我国学术界和实务界普遍反对将指导性案例作为裁判依据加以援引^[38],《关于案例指导工作的规定实施细则》第10条也明确规定:“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用。”这些论点的主要论据就是:我国是大陆法系传统,先例不具有正式的法律渊源的效力,不能如同判例法系国家那般直接作为法律依据予以援引。^[39]但是我国的法律体制以及法官的权限和大陆法系国家并不完全一致。我国最高人民法院虽然不是立法机关,但实际上最高人民法院颁布的很多司法解释都具有了立法的性质,而且法官在裁决案件时也将司法解释作为裁判依据予以引用。而司法解释的形式中还包括最高人民法院对个案予以指导的“批复”,因此将指导性案例的效力等同于司法解释,在我国理论上和实践中并不存在瓶颈。^[40]

其次,从司法实践的层面看,将造法型指导性案例直接作为裁判依据予以引用,有利于明确指导性案例的作用,增强判决的可接受性。造法型指导性案例的颁布,其目的就是在规则空缺或不明确时,填补法律空白,以统一裁判尺度。最高人民法院在编写造法型指导性案例的过程中,将裁判过程中填补空白的事实或技术总结为裁判要点,这些裁判要点基本具备了法律规则的要素,相当于可以适用的法律规范。例如指导性案例6号,其对必须举行听证程序的行政处罚行为进行了补充,其裁判要点规定的非常明确。^[41]这为将裁判要点作为裁判依据加以援引提供了现实可能性。如果后案中不将其作为裁判依据予以引用,而是作为裁判理由,实际意味着承认后案法官依据各种理由对法律的补漏,这更有违我国立法体制,而且判决的权威性也明显削弱。所以针对造法型的指导性案例,法官可以将其作为裁判依据予以援引,在裁判依据中仅需要标出被援引指导性案例的案号和裁判要点。而在裁判理由部分,法官应该参照指导性案例的判决理由对待决案件所涉的漏洞、与指导性案例的相似性予以充分说明。

而对于释法型指导性案例,其援引方式则有所不同。首先法官只能在判决理由中予以援引。释

[38] 参见于同志:《论指导性案例的参照适用》,《人民司法》2013年第7期;雷鸿:《民事指导性案例研究——一个方法论的视角》,法律出版社2013年版,第309~310页。

[39] 同前注[30],胡云腾书,第292页。

[40] 具体论述参见陆幸福:《最高人民法院指导性案例效力之证成》,《法学》2014年第9期。

[41] 裁判要点的内容为:行政机关做出没收较大数额涉案财产的行政处罚决定时,未告知当事人有要求举行听证的权利或者未依法举行听证的,人民法院应当依法认定该行政处罚违反法定程序。

法型指导性案例的颁布,其主要目的是结合案件中的具体事实,示范应该如何适用法律,因此该指导性案例并不存在法律空缺的情形。后案法官可以参照指导性案例来确定待决案件所涉法律的具体含义,但是裁判依据仍然是待决案件所涉法律条文,而不是指导性案例。法官在审判这类案件时的关键不在于是否援引指导性案例,重要的在于说明如何解释法律,如何理解生活事实,在说明的过程中指导性案例的思路可以作为论证的理由。因而这种情形下,指导性案例只是帮助法官论证其适用法律、判断事实的理由,并不构成裁判依据。在司法实践中,多数法官也赞同这类指导性案例在“裁判说理部分”援引比较合适。^[42]其次,释法型指导性案例的援引可以是隐性、间接的。对释法型指导性案例而言,法官没有主动援引的义务,如果当事人没有要求适用该类指导性案例,法官即使参照了指导性案例的判案思路和方法来裁判后案,也并不需要直接援引该指导性案例。

五、结语

案例指导制度是我国依据实践需要建立的具有特色的一项制度,在司法体制、指导性案例的生成机制、指导性案例的功能等方面都与西方的判例制度不同。就该制度建立的初衷而言,其欲实现的作用具有多重性;从最高人民法院颁布的64个指导性案例来看,这些案例的性质具有多样性。而我国的学术研究与制度设计由于以西方判例理论为基础,忽略了我国的司法现实,对指导性案例作出了同质化的处理。这种处理方式不仅用理论切割我国的司法现实,消解了我国司法实践合理性的一面,而且在司法实践中还导致了指导性案例适用的混乱。若要走出这种困境,则必须重视指导性案例的多样性,立足我国的司法实践和司法体制的现状,在类型思维的基础上探讨指导性案例的适用。首先,根据指导性案例所欲实现的主要功能、法律适用方式的不同,将最高人民法院已经颁布的64个指导性案例分为造法型、释法型、宣法型三种类型。其次,在理论上,对指导性案例的效力予以分类确定。造法型指导性案例具有准法源的效力,对法官具有强制拘束力;释法型指导性案例只具有参照适用的效力,不能成为后案法官裁判案件的直接依据;宣法型指导性案例没有适用的效力,只具有法制宣传的作用。再则,在实践途径上,对指导性案例的援引作出区别对待。对于造法型,法官必须直接主动援引,并且可以作为裁判依据予以援引。对于释法型,法官没有主动援引的义务,且只能在裁判理由中予以援引。对于宣法型,法官则不需要援引。与此同时,最高人民法院应该与时俱进,对已经失去法治宣传意义和指导意义的案例逐步予以撤销。^[43]只有如此,才能让指导性案例发挥其应有的作用,走出理论与制度脱节的僵局,突破指导性案例同质化处理的困境。

(责任编辑:王 申)

[42] 具体论述参见四川省高级人民法院、四川大学联合课题组:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,《中国法学》2013年第3期。

[43] 指导性案例应该是一个开放的体系,如果遇到情势变更、法律失效、判例不公正等情形,指导性案例应该是可以撤销的。See Neil Mac Cormick & Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p.493.

案件事实认定中法官前见偏差的修正及控制

资 琳*

摘要:在案件事实认定过程中,基于个人经验和知识结构等各种前见的差异,法官可能作出不同的认定。受先入为主、司法理念混乱等因素的影响,法官在事实认定过程中可能会被不合理的前见遮蔽视阈,产生前见偏差。要减少前见偏差,需要法官自身予以反思以及外部制度的督促约束。法官在反省修正自我的前见偏差时,首先要把事实认定中潜在的逻辑推理过程呈现出来,然后要对推论前提和推论过程进行反省。在外部制度的设置上,可以通过设置案件事实论证制度和法官事实裁量权制度来防范和控制法官前见偏差的产生。

关键词:前见偏差 事实认定 事实论证 事实裁量权

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2018.04.024

近年来,不少案件因事实认定错误而引发广泛的社会关注,如“聂树斌案”“赵作海案”。这些错案发生的原因及预防机制等问题也成为学界探讨的热点。现有的研究成果显示,对于案件事实认定错误的原因,就办案人员本身而言,主要有刑讯逼供、过于注重口供、有罪推定、法律素养低下等;就外部环境而言,主要是司法不独立、证据制度不完善、司法考核体制不合理等。与此相应,现有研究成果提出的错案预防机制主要是完善证据制度、提高办案人员素养、改革司法体制等。^① 这些分析尽管有一定的道理,但是并没有对法官进行独立专门的分析,而法官是认定案件事实并据此裁判的最终决定者,因此我们必须追问的是,对法官而言,究竟是什么原因导致他们会产生事实认定的错误? 上述关于错案的研究其实隐含两个假设:一是制度的不健全导致法官疏于履职或滥用职权;二是法官的专业素养低下。不过,在多起冤假错案中,没有任何证据能够证明法官在案件审理过程中滥用职权或者与当事人之间具有不正当关系。^② 即使有个别法官专业素养不够,法院的合议庭制度以及专家咨询制度在很大程度上也可以弥补这个缺陷。因此,这两个假设不能成为法官发生事实认定错误的根本原因。我们会发现在很多冤假错案中,法官并不是认识到其可能发生错误而有意为之,而是因为坚信事实认定正确才据以裁判。那么,究竟是什么原因使得法官在认定案件事实的过程中会无意识地忽略一些证据或片面夸大某些证据的证明力从而坚持一些错误的判断呢? 根据德国学者伽达默尔的观点,法官之所以会无意识地坚持错误的执念,是因为被不合理的前见遮蔽了,认识不到自身的偏执。^③ 也就是说,法官的前见发生了偏差,从而导致其作出错误的事实认定。那

* 中南财经政法大学法学院副教授、中南财经政法大学东盟刑事法研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金项目(14BFX056)

① 近10年来关于我国错案成因及预防机制的代表性著作层出不穷。参见刘品新主编:《刑事错案的原因与对策》,中国法制出版社2009年版;胡铭:《错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑》,浙江大学出版社2013年版;李建明:《刑事错案的深层次原因——以检察环节为中心的分析》,《中国法学》2007年第3期;何家弘、何然:《刑事错案中的证据问题——实证研究与经济分析》,《政法论坛》2008年第2期;侯猛:《政法传统中的民主集中制》,《法商研究》2011年第1期;陈永生:《冤案的成因与制度防范——以赵作海案件为样本的分析》,《政法论坛》2011年第6期。

② 参见陈永生:《我国刑事误判问题透视——以20起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》,《中国法学》2007年第3期。

③ 参见[德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学I),洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第384~395页。

么,如何才能让法官不被前见遮蔽视阈,认识到前见偏差并进行修正和控制呢?^① 本文试图围绕上述问题,从法官前见的形成入手,探讨法官在案件事实认定中如何产生前见偏差,并在分析前见偏差成因的基础上,对法官自身如何修正前见偏差及制度设置上如何控制前见偏差等问题予以探讨。

一、法官前见的形成

伽达默尔指出:“前见就是一种判断,它是在一切对事情具有决定性作用的要素被最后考察之前被给予的。”^②那么前见是如何形成的呢?在伽达默尔哲学解释学中,历史、传统和理解活动的历史性构成前见。可以说,前见是特定的历史情境、历史传统和社会环境作用于理解主体而使理解主体形成的一种先在的思想渗透。每一种解释都被自己的前见所规定,前见不是可有可无甚或是要被驱逐的,它是我们理解的基础和首要条件。但是前见并不完全是主观性的,“它是表现在主观中的一种客观断言,其内容是给定的、甚至是未被察觉到的,是主客观在主体的统一”。^③正因如此,前见经常被遮蔽甚至扭曲。

法官在进行裁判时不可避免地会融入前见。波斯纳指出,法官的个性好恶或法律之外的非理性因素,如法官的职业经验、教育背景、成长经历、个性特点等,会形成一定的思维定式,进而直接影响其对案件的判断。^④而这些非理性因素往往是潜在的不容易被认知的。^⑤法官的前见就是一种非理性的影响其判决的潜在因素,由法官的知识背景、社会经验、法律见解等各种因素综合而成,但法学家对法官前见的认识并不统一。拉伦茨认为:“他(法官)的先前理解乃是一种长期学习过程的成果,这个过程包括其法学养成过程,也包含其后他借着职业活动或职业外的经验取得的知识,特别是与社会的事实及脉络有关的知识。”^⑥在乌尔里希·施罗特看来,法官的前见可视为立场问题和一种“直觉”。^⑦而伽达默尔则认为:“在法学词汇里,一个前见就是在实际终审判断之前的一种正当的先行判决。”^⑧这些学者与伽达默尔的主要区别在于,法官前见究竟是在庭审之前形成的,还是在最终判决作出之前一直具有的。笔者更倾向于伽达默尔的观点,如果将前见仅限于庭审前存在,那么法官只能消极被动地接受前见,无法通过庭审过程中的循环理解对前见予以鉴别和修正。因此,笔者认为,法官前见可以概括为由历史情境和社会环境所决定的,在案件最终裁判前,法官内心所具有的影响案件最终裁判结果的观念、知识结构和思维方式。

前见分为合理的前见与不合理的前见,前者是通过历史传承的,是人由于其历史性而嵌入其中无法摆脱的,人通过这种前见与历史相连接,这种前见对理解具有积极的作用;后者则会阻碍理解并导致误解。^⑨不合理的前见类似于传统哲学所理解的“偏见”,可能使法官对案件事实和法律适用产生误解。根据法官形成前见的来源以及对案件事实认定的影响层次不同,笔者将法官前见的来源分为如下两种类型。

(一)生活经验

法官除了是法律人之外,也同一般社会人一样,具有其独特的人生阅历和人生体验,这些生活经验构成法官的前见,直接决定着法官认识世界的视角。法官个人的生活经验,除了来源于法官的身份、地位和

^① 近3年来,我国也有一些研究者开始关注司法中由心理因素导致的偏差,但是这些研究对法官的特殊地位没有予以重点研究,并且这些研究的关注点主要在于偏差是如何产生的,对于如何修正和控制偏差缺少相应的体系化论述。参见白建军:《司法潜能对定罪过程的影响》,《中国社会科学》2013年第1期;李安:《司法过程的直觉及其偏差控制》,《中国社会科学》2013年第5期;黄士元:《刑事错案形成的心理原因》,《法学研究》2014年第3期;陈林林、何雪峰:《司法过程中的经验推定与认知偏差》,《浙江社会科学》2015年第8期;唐丰鹤:《错案是如何生产的——基于61起刑事错案的认知心理学分析》,《法学家》2017年第2期;杨彪:《司法认知偏差与量化裁判中的锚定效应》,《中国法学》2017年第6期。

^② [德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学I),洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第383页。

^③ 潘中伟:《前见与认识》,河南人民出版社2007年版,第152页。

^④ 参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第10页。

^⑤ See Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, The Hidden Judiciary: An Empirical Examination of Executive Branch Justice, 58 Duke Law Journal, 1478-1480 (2009).

^⑥ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第88页。

^⑦ 参见[德]阿图尔·考夫曼、[德]温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第374页。

^⑧ [德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学I),洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第384页。

^⑨ 参见[德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学I),洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第384~395页。

生活体验之外,还会通过与同事及身边人的交流而获得。法官通过交流获得经验,同时也将自我的生活经验在内心予以确认,从而在心中将其确认为常识。在法庭审判的各个阶段,法官都无法避免受到各种形式的常识的影响。虽然法官已经受过专业的法律训练,但是很多时候生活经验会制约法官的思维,引导法官对案件作出判断。社会基本常识也是案件审判中不可缺少的辅助因素,特别是在案件事实的认定中,社会常识会对判断案件事实的真伪起到很大的作用,法律也会明确规定生活经验对于事实认定的作用。在民事案件中,各国法律对于这种事实推定的效力一般是予以认可的。由此,有学者界定司法审判中的经验法则为“社会日常经验法则的一个必要而特殊的组成部分,其特殊性表现在法官常常根据其自身的学识、亲身生活体验或被公众所普遍认知与接受的那些公理经验作为法律逻辑的一种推理形式”。^①在刑事法律实践中,这种推定也是有必要的。例如,《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》列举了6种推定《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第191条、第312条中规定的“明知”的具体情形,实际上就是指导法官如何根据生活经验结合主客观因素来认定“明知”。^②尽管生活经验在事实认定过程中具有重要的作用,法官却未必对自身的生活经验有着客观、全面的认识。很多法官会把自己的个人体验当作一种普遍现象、一种生活常识,从而对案件事实的认定产生错误。

(二)法律知识

法官的法律知识由法学知识、法律方法、法律思想、法治理念和精神组成。^③法官法律知识的获得有两个途径:一是法学教育,二是个人体验。法官在法学院所学到的,在法律实践中所领悟到的,或是凭借担当司法角色所内化而来的东西,构成法官的知识结构,是法官进行司法实践的知识基础,也使法官运用规则、先例和职权进行推理的方式与普通人的思考过程不一样。^④尽管法官作为一个职业群体可能会共享一些知识结构和思维方式,但是法官个人的体验会使得法官对法律知识的理解和接纳程度有所区别。因为法律知识并非客观规律,而是由社会、历史、人文等各种因素形成的具有不同立场的知识体系。法官接受何种立场或者脉络的法律知识,除了法学教育的影响之外,还会受到个人生活经验的影响。但是,对于有选择性地接纳某些法律知识,法官本人不一定有清醒、客观的认识,这在很大程度上是法官在毫无意识的情形下自然形成的从而被接受下来的“法学知识内容”。^⑤

在法律事实认定的过程中,法官的法律知识起着决定性的作用,如何反省作为前提的法律知识的妥当性,同样也是一个难以解决的问题。例如,在“于欢案”中,于欢的行为是属于正当防卫还是故意杀人,在存在众多目击证人以及事实发生经过没有任何争议的情形下,在法律事实的断定上却众说纷纭。裁判者虽然受制于诸多规则的约束,但是其生活经验和内心的信念会导致产生完全不同的事实推定,如一审法官对于欢的行为不构成正当防卫的事实推定过程如下图所示:^⑥

法官的逻辑推导图:



从上图可以看出,一审法官认为只有在存在生命健康权受到侵犯的现实危险时,才构成正当防卫的前提。法官并没有就这一个前见进行论证,而是理所当然地将其作为不言自明的前提予以继续推论。但是,这个前见未必就是被普遍认可的正当防卫理论。^⑦二审法院对这一判定作出了否定,明确指出于欢的行

① 毕玉谦:《举证责任分配体系之构建》,《法学研究》1999年第2期。

② 参见栗峥:《裁判者的内心世界:事实认定的故事模型理论》,《中国刑事法杂志》2010年第3期。

③ 参见王申:《法官法律知识的本源与确证——以法官的实践理性为视角》,《现代法学》2012年第2期。

④ 参见[美]戴维·克雷因、[美]格里高利·米切尔编著:《司法决策的心理学》,陈林林、张晓笑译,法律出版社2016年版,第151页。

⑤ 参见刘星:《法学“科学主义”的困境——法学知识如何成为法律实践的组成部分》,《法学研究》2004年第3期。

⑥ “于欢案”一审判决书中写道:“被告人于欢持尖刀捅刺多名被害人腹部,虽然当时其人身自由权利受到限制,也遭到对方辱骂和侮辱,但对方均未有人使用工具,在派出所已经出警的情况下,被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小,不存在防卫的紧迫性。”山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15刑初33号刑事附带民事判决书。

⑦ 在这个认识背后其实还隐含着更为深刻的理论前见。参见蔡宏伟:《正当防卫理论中的国家与个人》,《法制与社会发展》2017年第6期。

为构成防卫过当。^① 二审判决中所蕴含的作为前见的法律知识则是,正当防卫分为一般防卫与特殊防卫。可见,法律知识结构同样会成为法官前见的一部分,影响着案件事实认定的结果。

二、案件事实认定中法官前见偏差的产生及成因

(一)前见偏差的产生

案件事实的认定实际上是小前提事实的形成过程,包括生活事实的证明和法律事实的成立两个阶段。^② 案件事实在与法律规范之间相互解明的过程中被具体化、类型化建构,拉伦茨指出:“我们不能把案件事实与法条间的眼光之往返流转想象为:只是判断者眼光方向的改变,其毋宁是一种思想过程”。^③ 法官对案件事实的认定,至少要进行两次转换过程,第一次转换是将生活事实向证据事实^④转换。这个过程主要包括两个方面的内容:一方面是通过证据支撑来证明我们生活事实的真伪;另一方面,则是从现有的证据所证明的一级事实,可以推定出其他的二级事实。^⑤ 第二次转换就是对证据事实进行法律上的评价、归属,将其转换为法律事实。

通过对小前提形成的逻辑分析可以看出,在案件事实的认定过程中,无论是证据事实向法律事实转换过程中的评价、归属,还是生活事实向证据事实转换过程中的证明、推定,无一不存在法官进行主观判断的空间。法官的主观判断大致可以分为两类:一类是基于“一般的社会经验法则”作出的判断,另一类则是在“一般的社会经验法则”欠缺或无法作用时进行的价值上的判断、衡量。这些社会经验判断和价值衡量的作出在很大程度上是基于法官的历史性和社会性,如法官经由法律教育、审判实践等各种渠道形成的对法律传统、法律精神的理解,不同的生活境遇构筑起的法官的社会经验认同,以及法官无法超越的由历史传承下来的文化构成,等等。这些因素都可以看做是法官前见的一部分。对于法官而言,前见既是经验性的也是规范性的,并且这种前理解不是固定的、一成不变的。在案件事实的认定过程中,法官前见可能会产生不同的作用。合理前见对案件事实的恰当认定起着非常有益的作用,并且在生活事实与法律事实的循环往返中相互诠释、相互印证。但是,有的法官前见偏离了案件发生的客观情势、历史传统、道德观念,从而使得法官作出的事实认定备受争议或与真相背离。这在心理学的研究中也得到了证实。有研究者发现,在演绎推理的过程中其实存在普遍的信念偏差效应,即个体已有的知识和经验会自动地干扰逻辑推理过程,并且这种效应会随着加工时间的缩短而明显增强。^⑥

法官的生活经验和法律知识都可能在事实认定过程中产生偏差。“彭宇案”就是典型的由于日常生活经验运用不当而导致事实认定错误的案件。我国学界一般认为,生活经验只有具备高度的盖然性,才能作为事实推定的前提。^⑦ 但是,如何判断一个生活经验是否具备高度盖然性,^⑧则需要进一步推敲和研究。

① 参见山东省高级人民法院(2017)鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

② 对于案件事实的认定包括哪几个阶段,法学界存在争议。有学者认为,案件事实的认定仅包括用证据将生活事实予以证明这个阶段,至于这些事实在法律上怎么定性则属于法律事实证立阶段。参见黄泽敏:《案件事实的归属论证》,《法学研究》2017年第5期。有学者则主张,案件事实的认定包括生活事实的证明和法律事实的成立两个阶段,案件事实的认定就是小前提中的涵摄阶段。参见张明楷:《案件事实的认定方法》,《法学杂志》2006年第2期。笔者认为将这两个阶段予以割裂的做法不可能实现,生活事实的证明过程是法官主观构建的过程,会受到裁判者的司法直觉、法律知识等各方面因素的影响,故笔者主张案件事实的认定实际就是小前提事实的形成过程。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第162页。

④ 为行文方便,根据我国证据学界的主流观点,本文将被证据证明了的生活事实称为证据事实。

⑤ 所谓的一级事实大致包括两种情形:一是不需要解释的客观存在的事实,如太阳东升西落等;二是通过证据可以证明的事实或消除争议的事实,如通过监控录像可以看到犯罪嫌疑人的作案过程。所谓的二级事实是需要经过解释和推理才能确定的事实,最典型的二级事实如犯罪嫌疑人的主观心理状态(故意或者过失),并不是单单通过证据就可以直接证明的事实,而是需要根据现有的证据进行推定和解释才能断定的事实。

⑥ 参见肖前国、罗乐、余林:《推理与决策的双加工理论研究简评》,《心理科学进展》2009年第2期。

⑦ 参见王继民:《从日常生活经验法则解析事实推定的司法适用》,《人民检察》2004年第5期;杨晓玲:《经度与纬度之争:法官运用“经验法则”推定事实》,《中外法学》2009年第6期;等等。

⑧ 学术界对“高度盖然性”的界定颇为模糊,很多学者将“高度盖然性”等同于“优势性标准”。参见王圣扬:《诉讼证明责任与证明标准研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第241~242页;全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《民事诉讼立法背景与观点全集》,法律出版社2012年版,第89~90页;赵晋山主编:《最高人民法院民事诉讼程序司法观点集成》,法律出版社2015年版,第280页;周玉华:《中国司法学》,法律出版社2015年版,第470页。

有学者指出,作为推理前提的生活经验应该是被公众普遍认知与接受的生活经验。^①但是,公众接受既可能是生活经验本身,也可能是生活经验中传递的价值理念,还有可能是生活经验中民众共享的知识体。正因为经验包含多种属性,利用经验来推定疑难事实才容易出现错误。相对于生活经验,法官所具备的法律知识有可能更难以获得大众接受,由法律知识的偏差导致疑难事实认定的错误就更为常见。

(二)产生偏差的原因

1. 生活经验的先入为主

人们会对生活中以往发生的事情形成一些判断或累积一些经验,而人的大脑一旦接受这些经验在以后碰到相似事物时,就会自动地将以往的经验作为判断新事物的前提,往往忽略发生概率、差异性 etc 对事物判断起决定作用的因素,从而导致前见偏差。法官经手的案件数量巨大,出现类似案件很正常,但是即使是类似的案情,也会存在细微的差别。这些差别可能导致案件的定性完全不同。

在司法实践中,法官先入为主导致前见偏差的例子并不少见,“彭宇案”就是一例。“彭宇案”事实认定中的核心问题是,在没有直接证据的情形下,法官多次根据日常经验进行推理,认定彭宇撞倒了老太太。对于这一判决的事实认定过程,现有研究的批评主要集中在两个方面:一是从逻辑推理方面指出法官在事实认定过程中犯了严重的逻辑错误,^②二是从证据方面论述审理该案的法官在认定事实时没有正确适用证据规则。^③这些研究对“彭宇案”无疑给出了很严谨的剖析。但笔者认为,其中根本性的原因,是法官先入为主地被“精致的利己主义”这一生活经验所误导,产生了前见偏差。

从该案判决书的阐述可以看出,^④法官的前见是:人是完全利己的理性人,因而一般人在发生事故时,首先想到的应该是如何保护自己的利益不受损害,而不是如何帮助别人。但是,法官如果进行审慎的思考,就不会把这种前见作为事实推定的依据。其理由有二:首先,这种前见是一种偏见,不能代表全部的社会现实。在现实生活中,也存在很多利他行为。其次,此前见在道德立场上并不被人赞同。从目前我国现状看,法官所依据的生活经验从概率上讲似乎是非常高的。那为什么人们不能接受以此作为事实推定的前提呢?因为这种现象并非我国历史传统中自古就有的,而是我国社会近 20 年来才出现的一种怪现象。虽然其客观存在,但是人们从情感上和道德立场上对之并不认同。这种偏离历史传统的生活经验,在伽达默尔那里被视作不合理的前见,^⑤也即产生了前见偏差。从一个历史传统、道德层面不被认可的生活经验出发推定的事实,即使是真相,人们在情感上也是无法接受的。因为在民事案件的事实认定当中,生活经验的高度盖然性不再是生活经验法则运用的唯一条件,生活经验是否符合人们的价值理念也是需要考量的因素。如果生活经验与人们的价值理念不相符合,那么即使这种现象在事实层面发生的概率非常高,法官也要慎重将其作为事实推定或判断证据证明力的前提。^⑥

2. 司法理念的混乱

司法理念即指导司法制度设计和司法实际运作的理论基础和主导价值观,也是基于不同的价值观对司法的功能、性质和应然模式的系统思考。^⑦法官的司法理念,在认定及论证案件事实时起着重要的作用。目前我国司法界与学术界对司法理念的作用没有形成共识,因而在具体案件的裁判中,究竟应该持何

① 参见费锦红:《法律规则与法官经验交叉视角下的司法推定技术》,《山东师范大学学报》(人文社会科学版)2011年第3期。

② 参见张继成:《小案件大影响——对南京“彭宇案”一审判决的法逻辑分析》,《中国政法大学学报》2008年第2期。

③ 参见郑世保:《事实推定与证明责任——从“彭宇案”切入》,《法律科学》2010年第3期。

④ 法官在判决书中写道:“如果被告是见义勇为做好事,更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人,而不仅仅是好心相扶;如果被告是做好事,根据社会情理,在原告的家人到达后,其完全可以在言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院,然后自行离开,但被告未作此等选择,其行为显然与情理相悖。根据日常生活经验,原、被告素不认识,一般不会贸然借款,即便如被告所称借款,在有承担事故责任之虞时,也应请公交站台上无利害关系的其他人证明,或者向原告亲属说明情况后索取借条(或说明)等书面材料。但是被告在本案中并未存在上述情况,而且在原告家属陪同前往医院的情况下,由其借款给原告的可能性不大;而如果撞伤他人,则最符合情理的做法是先行垫付款项。被告证人证明原、被告双方到派出所处理本次事故,从该事实也可以推定出原告当时即以为是被告撞倒而非被他人撞倒,在此情况下被告予以借款更不可能。”江苏省南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号民事判决书。

⑤ 参见[德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(诠释学I),洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,第395页。

⑥ 参见谢晖:《事实推理与常识裁判——简单道义案件的一种裁判技巧和立场》,《法学》2012年第9期。

⑦ 参见范愉:《现代司法理念的建构》,《检察日报》2001年7月17日。

种司法理念呈现出混乱的状态,其中尤以对“司法社会效果的追求”这一司法理念的理解混乱为甚。

对于司法应否追求社会效果,如何追求社会效果,在我国理论界和司法实务界并没有形成统一的看法。即使赞同司法裁判要考量社会效果,一般也是在法律适用层面加以论述。^①在事实认定层面,很少有学者探讨司法理念的作用。在司法实践中,法官在认定案件事实尤其是疑难事实时,对是否应该考量社会效果,具体应该如何考量,缺乏自觉和一贯的认识。在“彭宇案”中,如果法官能够清醒地意识到,司法不仅是在解决当前的纠纷,而且也是在重新创设一种预期,那么他在判决时就会努力纠正自己的主观意愿,而选择一种可能创设良好社会秩序、达致良好社会效果的裁判立场,也就不会得出如此引发巨大争议的事实认定。

但是,我国的法官并非在所有案件中都不考虑社会效果。“夏俊峰案”的事实争议也很大,双方都难以举出证据,^②但是在该案中,法官在认定案件事实时则采取了截然不同的立场。夏俊峰的主观方面是否故意,并没有充足的证据予以证明,根据疑罪从轻的规则,夏俊峰的主观方面只能认定为伤害故意。但是法官非常确定地将夏俊峰的主观方面推定为杀人故意,这在很大程度上是基于对“保护公职人员安全”这一社会效果的考量。一旦无限制无原则地执拗于“保护公职人员安全”,那么法官自然就会产生前见偏差,忽略证据规则的要求,忽略细微的证据线索,进而导致“夏俊峰案”的事实认定无论是在证据要求还是在社会反响上都出现很大的争议。可见,我国法官在认定案件事实尤其是疑难事实时,不仅所持的司法理念混乱冲突,而且对其所持的司法理念也缺乏清晰的认识。在这种状态下,法官的视阈自然会被遮蔽,前见偏差也随之产生。

三、法官前见偏差的自我修正

从上文可以看出,法官前见在事实认定过程中的作用未必都是积极的,有时可能会带来负面影响,这些前见在事实认定过程中会成为一种自动的、直接的判断,从而可能导致前见的偏差。法官对自己的前见偏差一般都是无意识的,从而给法官自我修正偏差造成认知上的困难。要让法官认识到自己的偏差,则需要法官运用论证的思维,依赖“理性—分析”机制的运作,^③对之前的结论进行反思。

在事实认定的过程中,完全剔除法官的前见是不可能的,我们需要做的是对前见导致的结论作出合法性和合理性的论证。对案件事实的论证同样可以分为内部证成和外部证成两个方面。内部证成主要是运用形式逻辑的方法,论证能否从某个前提中有效地推导出结论;而外部证成则是要论证作为论证依据的这些前提是否正确和合理。^④当法官进行事实认定活动时,采用的大前提正当,小前提充分可靠,就构成达成共识的基础条件。当前前提在各个主体之间达成共识并被接受,再运用形式有效性的逻辑推理方式得出的结论也就具有合法性和合理性。同理,法官对前见的自我修正也可以根据内部证成和外部证成的过程来进行。

(一)推论前提的反思

法官并不仅仅凭前见进行认定,而是自动地用逻辑的思考,对基于前见产生的初步判断进行评判和验证,综合衡量之后得出最终的结论。^⑤法官在案件事实的认定过程中,必然会有潜在的逻辑推理过程。因此,法官应该首先把事实认定过程中潜在的逻辑推理过程呈现出来,只有这样才能从内部和外部对案件事

① 代表性论述参见张文显、李光宇:《司法:法律效果与社会效果的平衡分析》,《社会科学战线》2011年第7期。

② 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2009)沈刑一初字第278号刑事附带民事判决书。

③ 根据认知心理科学和认知神经科学的研究,人类拥有两种信息处理机制,一种是“理性—分析”机制,另一种是“经验—直觉”机制。法官前见对事实认定的作用属于“经验—直觉”机制在发挥作用。See Wim De Neys, Bias and Conflict: A Case for Logical Intuitions, 7 Perspectives on Psychological Science, 34 (2012); 杨群、邱江、张庆林:《演绎推理的认知和脑机制研究述评》,《心理科学》2009年第3期。

④ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第275~287页。

⑤ See Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, 93 Cornell Law Review, 29-33 (2007).

实的认定过程进行逻辑上的反省。下面以“念斌案”为例分析如何对事实认定过程中的大前提进行反省。

“念斌案”经过几年审判,最终念斌被改判无罪。在念斌的有罪供述是否可以采信这个问题上,原审法官与再审法官给出了截然不同的判断。^① 在该案涉及的有关念斌毒药来源的证据材料中,“念斌与场鼠药的杨某炎相互不能辨认,供述的卖鼠药人的年龄与杨某炎不相符,供述的鼠药包装袋规格与实物不相符”。原审法官接受检察官的意见,认为之所以存在不相符的情形,是因为念斌“是凭其个人主观感受进行描述,不影响鼠药来源的认定,可以认定念斌投放的鼠药系从杨某炎处购买”。但是,再审认为,“念斌与杨某炎相互不能辨认,供证存在不吻合之处,配制鼠药工具的理化检验报告不足以采信,原判认定念斌投放的鼠药系从杨某炎处购买依据不充分”。那么,原审法官对事实认定的错误从何而来呢?

在原审判决书中,法官认为念斌作出多次有罪供述,看不出刑讯逼供的痕迹,并且没有任何证据证明有刑讯逼供的可能,因此具有可采性。原审法院的事实认定过程从演绎推理的角度看,可以作如此表述:

大前提:如果犯罪嫌疑人多次作出有罪供述且没有刑讯逼供的证据,那么即使犯罪嫌疑人描述的犯罪经历有些情节与实际情形不一致,犯罪嫌疑人的有罪供述也仍然成立,只是描述不准确;

小前提:念斌承认自己投毒,念斌对自己买鼠药经历的描述与实际发生的事情不一致;

结论:念斌确实从杨某炎处购买了鼠药,但是描述不准确。

在上述“念斌案”的三段论推理中,我们会发现大前提的命题其实隐含这样一种假设:犯罪嫌疑人的有罪供述只要没有证据证明存在刑讯逼供,就是成立的。犯罪嫌疑人有罪这个论断在不存在直接证据的情形下,难以从事实层面予以印证,因而判断犯罪嫌疑人是否构成犯罪的标准是看其证据是否达到有罪证明的要求。根据我国刑事案件的证据规则,犯罪嫌疑人的口供要具有可采性,除了排除该口供由刑讯逼供所得之外,还必须能够与其他证据相印证。^② 而念斌的口供与其他证据发生了不能印证的情形,再继续认定念斌的有罪供述成立则明显地与证据规则相悖。原审法官作出如此判断的重要原因在于,法官在对口供进行印证之前,已经在内心产生一个前见:念斌有罪。并且,法官把这个命题视作当然的无需质疑的大前提,因此在念斌的有罪供述出现疑问时,法官没有质疑有罪的真实性,而是将疑问的产生归结于念斌陈述不恰当。如果原审法官谨慎地将案件事实的认定过程以三段论的方式呈现出来,那么就更容易发现在事实认定过程中的前见偏差,从而予以修正。“念斌案”的再审法官认为,念斌投毒的证据未达到排除合理怀疑的标准,进而认定念斌的口供不能采信,判决念斌无罪。但是,这并不代表人们对事实达成共识,即认为念斌没有投毒,而是从现有的证据体系中,人们还不能充分合理地推断出念斌实施了投毒行为。

(二)推论过程的逻辑性审查

有的案件在事实认定过程中,大前提本身没有问题,但是法官在推论过程中犯了一些逻辑错误,从而导致事实认定错误。在“赵春华非法持有枪支案”的案件事实认定,辩护律师指出赵春华缺乏犯罪故意。针对该辩护意见,二审法院认为:“涉案枪支外形与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力,能正常发射,具有一定的致伤力和危险性,且不能通过正常途径购买获得,上诉人赵春华对此明知,其在此情况下擅自持有,即具备犯罪故意”。^③据此,可以呈现如下的逻辑推理过程。

首先我们来看该论断中的大前提,即什么情形构成非法持有枪支罪的犯罪故意。根据刑法学的犯罪故意理论,可以将上述大前提表述为:明知或理应知道所持有的物品属于刑法中规定的非法持有的枪支,构成该罪中的犯罪故意。法官认为赵春华的行为符合大前提的要件。其推论过程如下,因为赵春华持有

^① 参见福建省高级人民法院(2012)闽刑终字第10号刑事附带民事判决书。

^② 《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第22条规定,对被告人供述和辩解的审查,应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人本人的全部供述和辩解进行。被告人庭前供述一致,庭审中翻供,但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾,而庭前供述与其他证据能够相互印证的,可以采信被告人的庭前供述。被告人的庭前供述和辩解出现反复,但庭审中供认的,且庭审中的供述与其他证据能够印证的,可以采信庭审中的供述;被告人庭前供述和辩解出现反复,庭审中不供认,且无其他证据与庭前供述印证的,不能采信庭前供述。该规定第34条规定,根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定有罪。

^③ 天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

的枪形物与制式枪支高度相似,以压缩气体为动力,能正常发射,具有一定致伤力和危险性,所以赵春华持有的枪形物是法律所管制的枪支,也就是刑法上规定的非法持有枪支罪中的枪支;而且因为赵春华明知该枪形物不能通过正常途径获得,所以赵春华明知其持有的枪形物是法律上管制的,这也意味着赵春华明知其持有的枪形物是刑法上禁止持有的。^①

从法官的推论可以看出,法官把法律上的管制等同于刑法上的禁止。法律管制有很多原因、很多种类。从管制原因看,可能是因为该物品的质量不过关,也可能是因为该物品侵犯知识产权,等等。^②从管制法规看,可能是法律法规的管制,也可能是部门规章、地方性法规的管制。根据1997年《刑法》第96条的规定以及《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》,刑法所涉及的“违背国家规定”是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。对于违反地方性法规、部门规章的行为,不得认定为“违反国家规定”。因此,有的行为虽然受某些部门规章的规制,但是未必就是刑法所禁止的。从赵春华明知她所持有的枪形物为法律管制就推导出她具有非法持有枪支罪的犯罪故意,显然是不恰当的。法官在小前提与大前提的匹配过程中,犯了概念混淆的逻辑错误,把法律管制等同于刑法禁止。

我们再深入探究一下,法官为什么会把法律管制等同于刑法禁止呢?笔者认为是因为法官存在这样一个前见:具有立法权的国家机关制定的规则的法律效力是一样的,可以互相援引、互相补充。纵观这个案件的整个判决,之所以会引发全民争议,就是因为法官的这个前见产生了偏差。在该案二审判决书中,法官在论证什么样的枪支构成刑法上所要求的非法持有的枪支时,直接援引公安部下发的内部文件《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》(公通字[2010]67号)和《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(GA/T 718-2007)予以确定。但是,违背公安部的这两个文件不能算作违背1997年《刑法》所指称的“国家规定”,并且从某种意义上说,这两个文件不符合其上位法《中华人民共和国枪支管理法》,^③因而不能作为判定刑事犯罪的法律依据。审理该案的法官对自己的推论过程没有进行审慎的逻辑自省,对自身的前见也没有自觉的意识,因而产生了偏差,导致“赵春华非法持有枪支案”的判决结果令人难以接受。

四、法官前见偏差的外部控制

若要尽量减少法官前见的偏差,除了法官的自我修正之外,还可以通过一些制度的设置,从外部环境来控制偏差的产生。

(一)判决书事实论证制度的建立

近几年来,无论是司法实务界还是理论界,对判决书的说理论证都进行了较多的探讨。但是这些探讨重在强调法律适用时的说理,对于案件裁判中的事实为什么能够成立,为什么能够归属于法律条文当中,则缺少恰当的论证和足够的重视。我国判决书事实部分和理由部分都有关于案件事实的陈述,^④但无论是在事实部分陈述的事实还是在理由部分陈述的事实,法官一般只呈现作为结论的事实,而对于事实为什么如此,则并未给出充分的理由。对证据材料,法官也大多以罗列的方式展现,很少将证据与所认定的事

^① 1997年《中华人民共和国刑法》第128条第1款规定,违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支、弹药的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑。

^② 参见邹兵建:《非法持有枪支罪的司法偏差与立法缺陷——以赵春华案及22个类似案件为样本的分析》,《政治与法律》2017年第8期。

^③ 这两个文件对枪支确定的标准比《中华人民共和国枪支管理法》中确定的致人伤亡的标准要低得多。2018年3月30日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》明确规定,对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为,在决定是否追究刑事责任以及如何量刑时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。该批复实际上在某种程度上否定了上述公安部两个文件的有效性,为以后如何妥当处理“赵春华非法持有枪支案”类似案件提供了法律依据。参见最高人民法院研究室刑事处:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复〉的理解与适用》,《人民法院报》2018年3月29日。

^④ 这种独特结构造成事实陈述的重复,是我国判决书的弊病之一。参见张步文:《司法证明原论》,商务印书馆2014年版,第438页。

实之间的联系在判决书中陈述出来。^① 这种事实陈述的方式总体而言可概括为对事实的描述。

判决书中描述式的事实陈述方式反映的是“客观真实”的事实观。持这种事实观者认为,裁判者所认定的事实就是生活事实的客观反映,裁判者能够通过证据等在主观上认识、发现、查明客观事实或基本事实。因而判决书中的事实陈述,就应该以一种“摹写”的手法予以呈现。尽管在学术界,很多学者认为案件事实的性质应该是“法律真实”,^②但是这个观点在判决文书的写作中还没有呈现出来。从法律真实观出发,案件事实是被建构出来的,并不是生活事实。案件事实的认定要受法官前见、证据制度、诉讼制度等因素的影响。“法律真实”理论下的事实陈述其实是法官的主张和观点,因此应以论证的方式将案件事实呈现于判决书中,而不是简单的直接描述。我国司法实践中用描述的形式来呈现案件事实的做法不仅使得判决书认定的案件事实难以让民众接受和信服,而且使法官更难以认识到其事实认定中的前见偏差。通过对事实成立与否的论证和书写,法官可以检讨自己是否在一般性案件中给出了依据确定的判断,以及在疑难案件中给出了依据充分的正当性判定。案件事实论证的过程,能促使法官对自己得出事实判断的个人经验、法律知识等前见进行自省,对案件事实的判断给出审慎的思考,从而最大限度地控制偏差的产生。

在“聂树斌案”的再审判决书中,案件事实就是以事实论证的方式呈现的。判决书对聂树斌是否杀人的事实从各个方面展开了论证,最终得出的结论并非聂树斌没有杀人,只是从证据规则出发还不能证明聂树斌杀了人。尽管“聂树斌案”的再审判决书受到一致好评,但是我们必须清楚,这在我国判决书的写作中只是一种非常态的样本,是各种复杂因素作用下的产物。我们不能寄希望于所有事实疑难的案件都通过舆论压力、真凶重现、最高人民法院再审等方式来予以事后补救,而应该在制度上尽量避免法官前见在事实认定过程中的偏差。无疑,判决书的事实论证制度是控制偏差的一项重要约束制度。判决书的事实论证制度是一个系统的制度,涉及以下几个方面的问题:第一,对判决书事实论证的构成、方式、格式等内容的规范要求;第二,认定错案的标准;第三,事实论证与法律论证的关系;第四,事实论证充分的标准。通过对上述几个方面内容的系统设立,法官在认定案件事实的过程中,自然会对自己做出事实判断的各种因素进行审慎思考,进而最大限度地控制其前见偏差的产生。

(二)法官事实裁量权的合理规制

在案件事实的认定过程中,有的事实并不是仅仅通过证据就可以直接证明的事实,而是需要根据现有的证据进行推定和解释才能断定的事实。在认定此类事实时,如果各事实判断者存在至少两种意见以上的争议,并且各种不同意见都具有其正当性,无法达成共识性理解,那么该事实就成为疑难事实。在这种情形下,是赋予法官自由裁量权来对案件事实予以认定,还是要求法官对疑难事实的认定必须符合客观事实或者存在唯一正确答案呢?如果赋予法官自由裁量权,那么意味着疑难事实的认定可以存在多种答案,只要法官能对自己的认定给出合理的论证,即使以后出现新的证据证明法官的事实认定不符合真相,也不能否认法官事实认定的有效性。这也意味着,疑难事实的认定是否存在错误的判断标准在于论证是否具备有效性,而不在于事实认定的结果是否与客观事实不符。^③ 如果法官不存在自由裁量权,而事实真相又难以探寻,^④此时可能需要一些规则或原则来对事实进行推定,而错误存在与否,则要以法官对事实的认

^① 在“聂树斌再审案”的判决书中,判决书的制作者首先列明案件中争议的事实,然后在证据的基础上对争议事实进行评判,最后得出事实认定的结论。但这种做法在实践中太少,并且没有成为一种制度化的要求。参见胡云腾:《聂树斌案再审:由来、问题与意义》,《中国法学》2017年第4期。

^② 我国关于“客观真实”与“法律真实”的研究成果颇丰。参见陈光中等:《刑事证据制度与认识论——兼与误区论、法律真实论、相对真实论商榷》,《中国法学》2001年第1期;高一飞:《法律真实说与客观真实说:误解中的对立》,《法学》2001年第11期;张继成、杨宗辉:《对“法律真实”证明标准的质疑》,《法学研究》2002年第4期;张永泉:《客观真实价值是证据制度的灵魂——对法律真实观的反思》,《法学评论》2012年第1期;樊崇义、赵培显:《法律真实哲学思维》,《中国刑事法杂志》2017年第3期;等等。

^③ 正如有的学者所言:在司法决策的过程中,无论是“小前提事实”的确定,还是“大前提规范”的选择,都具有明显的主观性、可错性,这使得我们不可能预先设定一个错案(或对案)的实体判断标准。参见周赞:《错案责任追究机制之反思》,《法商研究》2017年第3期。

^④ 绝对的真相是很难还原的,正如法律学者亨利·钱伯斯所言:“真相是(审判)中的证据所证明的事实”。Henry Chambers, Reasonable Certainty and Reasonable Doubt, 81 Marquette Law Review, 668(1998)。转引自[德]拉里·劳丹:《错案的哲学——刑事诉讼论》,李昌盛译,北京大学出版社2015年版,第12页。

定是否与规则或原则相符为标准。可见,在疑难事实的认定中,是否赋予法官自由裁量权,如何规制法官的自由裁量权,对于判断法官前见偏差的存在,进而反省、控制前见偏差有着重要的作用。

在我国目前的证据制度中,对法官的自由裁量权大体采用法定主义模式,除了在民事证据规定中,对举证责任的分配确定了法官的自由裁量权之外,^①在事实认定过程中证据的证明力、证据能力等方面均没有明确承认法官的自由裁量权。但在司法实践中,法官在事实认定过程中的自由裁量权非常大,甚至超过英美法系等主张证据的证明力由法官自由心证的国家。这种毫无边界的自由裁量权,使得法官在面临事实疑难时无从判断,很多时候就会放任自己的前见而获得结果。如果完全限制法官的自由裁量权,那么在现实中既是不可能的,也有可能导致法官为了寻找客观事实真相这一目的而忽略基本的证据规则,从而催化前见偏差的产生。因而对法官在事实认定中的自由裁量权进行合理规制,一方面能够最大限度地控制法官前见恣意进入裁判结果,另一方面也是对法官合法裁判的最好保护。

在此通过一个案例中事实认定过程的变迁来分析对法官自由裁量权进行合理规制的问题。交通警察在现场执法中,对某一机动车驾驶人当场罚款 200 元,罚款理由是违章行驶。但是,该机动车驾驶人坚持自己没有违章行驶,并提起行政诉讼。被告证明原告违章行驶的唯一证据就是当时唯一在场执法的交通警察的证词。此时,法官该如何认定案件事实呢?有学者主张,这涉及举证责任的分配,尽管依据行政诉讼证明责任分配的一般规则,^②应当由被告交通警察部门承担进一步的证明责任,但是如此可能会导致严重影响社会秩序的结果,因而应该赋予法官自由裁量权来重新分配证明责任。如果赋予法官自由裁量权,从生活经验来推论的话,法官可能持有两种前见。法官可能会认为警察在一般情形下不会无故冤枉遵守交通规则的人,从而把举证责任赋予原告;也可能认为,一般人如果不是被警察冤枉,那么不可能为了 200 元钱诉诸公堂,进而把举证责任归于被告。这两种前见在生活经验当中都有很大的发生概率,法官无论在哪种前见的支撑下作出决断都很难说是一种偏差。从价值衡量方面考虑,如果偏重于交通秩序的稳定,那么法官会把举证责任归于原告;如果偏重个人权利的保障,那么法官会把举证责任归于被告。^③两种价值衡量的结果都具有正当充分的理由。如果从我国现实因素出发,那么就会发现现在就要求所有的执法都由两人共同执法或者有录像又不太可能,因而赋予法官自由裁量权可能会引发混乱,但是不赋予法官自由裁量权,该案件又缺乏正当的理由让原告承担举证责任。2007 年《最高人民法院公报》刊登了一起类似案例,即“廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理行政处罚决定案”^④,从而正式确认了执法的交通警察的证言属于“优势证据”。尽管针对该案中警察一人执法是否合法的问题存有争议,但是正如学者所主张的,简易程序的价值更侧重于秩序的保护,更应追求的是“法律真实”而非“客观真实”。^⑤因而过于执著于警察一人执法的合法性问题,可能就会丧失简易程序的意义。警察证言优势证据规则的确定,实际上是否定了该案中法官在举证责任上的自由裁量权,并且对警察证言的可采性问题也做出了详细规定,严格限制了法官在证据可采性问题上的自由裁量权。但是,对于该警察的证言能否证明原告是故意违章,也即证据的证明力问题并没有作出规定,这意味着这个问题可以交由法官自由裁量。该公报案例的公布,对于这类案件如何恰当地认定事实提供了依据,同时也有效控制了法官前见的偏差。

从上述案例可以看出,法官在事实认定中的裁量权涉及三个方面:一是举证责任分配中的自由裁量,

① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 7 条规定,在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

② 《中华人民共和国行政诉讼法》第 34 条规定,被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。

③ 参见何海波:《举证责任分配:一个价值衡量的方法》,《中外法学》2003 年第 2 期。

④ 该案的“裁判摘要”写道:“依照道路交通安全法第 87 条规定,交通警察执行职务时,对所在辖区内发现的道路安全违法行为,有权及时纠正。交通警察对违法行为所作陈述如果没有相反证据否定其客观真实性,且没有证据证明该交通警察与违法行为人之间存在利害关系,交通警察的陈述应当作为证明违法行为存在的优势证据。”最高人民法院办公厅编:《中华人民共和国最高人民法院公报》(2007 年卷),人民法院出版社 2008 年版,第 540 页。

⑤ 参见宋华琳:《当场行政处罚中的证明标准及法律适用》,《交大法学》2010 年第 1 期。

二是证据证明能力的自由裁量,三是证据证明力的自由裁量。^①这三个方面相互制约,相互影响。我国也应该围绕这三个方面建立体系化的法官事实自由裁量权制度。在举证责任分配上,一般以法定主义为主,不能随意更改,只有在严格依循规则会带来严重不利后果时,才允许法官依据公平原则重新分配举证责任;在证据的证明能力上,一般也应该通过法定主义予以断定,我国还需进一步完善无采信力证据的排除规则,优势证据规则等系列有关证据证明能力的规则,做到合理合法限制法官的自由裁量权。在证据的证明力方面,我国目前存在两种理论:一是印证理论,^②二是心证理论。^③即使持印证理论的学者,也无法否认印证的程度是可以由法官自由裁量的。因而在证据的证明力方面,应该赋予法官自由裁量权。做如此限定,一方面在基本事实的判断方面,法官前见的影响会降到最低,基本依循法律规则进行判断;另一方面在基本事实走向确定的情形下,如果有些二级事实无法查明真相,那么可允许法官行使自由裁量权,也即允许法官因为前见相左而导致不同的结论,此时无论得出什么样的结论,都很难推定或证明前见产生了偏差。

五、结语

在案件事实认定的过程中,受个人经验和知识结构等前见的影响,法官可能作出不同的事实认定,有的事实认定因不合理前见的遮蔽而产生偏差。受先入为主、司法理念混乱等因素的影响,在我国的案件事实认定中,法官容易产生前见偏差。要减少前见偏差,需要法官自身的反思以及外部制度的督促约束。由于大多数法官对自己的前见偏差是无意识的,因此就给法官自我修正偏差造成了认知上的困难。要让法官认识到自己的偏差,则需要法官运用论证的思维,依赖“理性—分析”机制的运作,对先前结论进行反思。法官在反省修正自我前见时,首先要将事实认定中潜在的逻辑推理过程呈现出来,然后从两个方面来进行反省:一是推论前提的反省,二是推论过程的逻辑反省。若要尽量减少法官前见的偏差,除了法官自我修正之外,还需要通过一些制度的设置,从外部环境来控制偏差的产生。在外部制度上,我们可以设置判决书的案件事实论证制度和法官事实裁量权制度来控制法官前见偏差。判决书的事实论证制度和法官事实裁量权制度是互相关联的制度。如果要赋予法官事实裁量权,那么就必须要要求法官对事实的认定给出有效的论证,否则就会造成裁量权的滥用,使法官的不合理前见恣意进入事实认定过程而导致大量偏差。因此,事实论证制度可以督促法官对案件事实认定中的前见进行反省和慎思,尽量修正前见偏差;事实裁量权制度则可以为法官的前见慎思提供依据和尺度,一方面控制不合理前见的进入以及控制偏差的产生,另一方面也能使法官敢于坚持自己慎思后的合理前见,在疑难事实的认定中给出正当的可接受的事实认定。

责任编辑 王虹霞

^① 参见张榕:《事实认定中的法官自由裁量权》,《法律科学》2009年第4期。

^② 参见左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期;龙宗智:《刑事印证证明新探》,《法学研究》2017年第2期;等等。

^③ 有学者认为将来的刑事诉讼模式转型应以建构“以证据裁判为主、自由心证为辅”的中国模式为目标。参见谢澍:《刑事司法证明模式:样态、逻辑与转型》,《中国刑事法杂志》2013年第6期。也有学者对印证理论作出了系统的批判。参见周洪波:《中国刑事印证理论批判》,《法学研究》2015年第6期。

· 法理中国研究 ·

论我国契约法理体系的构成：来源、原则与教义

资琳*

摘要：根据契约法理的抽象程度不同，我国契约法理可以分为三个层面：理论来源、基本原则和法律教义。三个层面的契约法理之间具有融贯性、一致性，共同构成了一个被我国契约实在法所认可的由抽象到具体的法理体系。作为理论来源的契约法理，我国大多数学者支持温和的道义论；作为基本原则的契约法理，其构建了契约法的价值体系。我国契约法学术界和实务界所认可的契约法的价值体系为：契约自由的优先性、契约公平的制衡性、契约效益的附属性。契约法教义是具体契约规则背后具有支配性地位的原理，其勾连了基本原则和契约规则，使契约原则得以具体化，让契约规则的价值承载得以体现。

关键词：契约法理；体系；理论来源；基本原则；契约法教义

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)自1999年施行以来，已经近二十年。学术界关于契约法的基本理论、基本原则以及法条适用等方面的文献非常丰富，但令人奇怪的是，学术界对于什么是契约法理却鲜有人论及。在司法判决中，法官依据法理进行判决的案例非常多，在这些判决中，法官也很少论及法理是什么，而是直接阐述“依据合同法理”。张文显先生在《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》一文中指出，法理具有八种含义。^①该文对法理的本质作出了宏观全面的阐述，根据文章中对法理的阐述，学者们对契约法基本理论、基

* 中南财经政法大学法学院副教授。

本文系国家自然科学基金一般项目“我国裁判文书制度的法理检视与体系重构研究”(14BFX056)的阶段成果。在“法理研究行动计划”系列活动的研讨中，诸多师友对本文提出了宝贵意见，特此致谢。

- ① 参见张文显《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017年第4期，第16-23页。
- ② 我国有关这类研究的代表性文献，参见郑云瑞《西方契约理论的起源》，《比较法研究》1997年第3期，第259-272页；李永军《契约效力的根源及其正当化说明理论》，《比较法研究》1998年第3期，第225-246页；徐涤宇《合同效力正当性的解释模式及其重建》，《法商研究》2005年第3期，第43-51页；孙良国、董彪《契约中的主观主义与客观主义研究》，《法制与社会发展》2005年第4期，第112-121页；叶金强：《合同解释理论的一元模式》，《法制与社会发展》2013年第2期，第201-211页等。

本原则、契约法学说的讨论都属于对广义上契约法理的讨论。这些关于契约法理的研究可以分为三种类型：第一种以寻求契约法的正当性理论为宗旨，这些理论正当性的获得来源于契约法外部；^②第二种是对契约法的原则和价值作出具体的阐释；^③第三种是试图探寻某项具体规则背后的通说或学理，以指导司法适用。第一种研究并不以我国的契约实在法体系为基础，很多研究旨在探寻普世的契约法正当性理论；第二种研究也并不试图为我国契约规则提供逻辑自洽的解释，当这类研究关照到具体契约规则或者契约裁判时，很大程度上是以一种评判审视的姿态进入的；而第三种类型的研究由于受部门法中法律教义学的影响，认为当契约规则有歧义或者契约案件有争议时，我们去探寻解释规则的通说即可，没必要再继续更深入地探寻立法应当考虑的价值或正当化依据，并不关注第一种和第二种关于法理的研究。^④可以看出，我国这三种关于契约法理的研究在很大程度上彼此隔离、互不关照。这种隔离状态一方面使得我们关于正当性理论、契约价值的论述缺少实在法的基础；另一方面会导致法官们在面对疑难案件时，对争议性契约规则的理解不仅难以形成通说，而且对什么是通说、通说能够起到什么作用等问题也意见相左，从而很大程度上导致了裁判混乱。

因此，阐明以上三类契约法理研究中的内在关联，并以我国契约实在法体系为基础，揭示出我国契约制度背后不同层次且具有融贯性的契约法理，俨然成为我国契约法学界不可回避的一个重要任务。本文试图为达成这个任务做一些基础性的工作，即从体系化的角度，探讨我国契约法理体系应包含哪几个要素，以及这几个要素之间的内在关联。为了能够明晰本文所要探讨的对象，有必要对以下几点作出说明：首先，要成为实质意义上的法理，除了符合法理的论域之外，还要求具有合理性和正当性，因而从这个意义而言，那些不追寻合理性的所谓契约通说或者某个法官对契约规则的理论化理解，尚不能构成契约法理。其次，本文对我国契约法理的探讨，是以我国契约实在法体系为基础的，无论哪个层面的契约法理，都应该能够对我国契约制度提供一贯的解释。再次，合理性从价值层面而言，会有多种辩护和论证方式，因而作为单个的契约法理，每个法理之间所依赖的价值或合理性依据可能是相互冲突的，但是作为体系性的契约法理，每个法理在价值层面是融贯的，因而本文探讨的是具有融贯性的不同层次的契约法理。本文正文分为三个部分，文章首先探讨作为正当性理论来源的契约法理，试图在厘清理论源流、阐明我国学者言说的基础上，探讨出隐含在大多数学者言论中，被我国契约实在法体系接受的正当性契约理论。以此为基础，本文将在第二部分中继续阐述，在正当性理论确立的前提下，我国被契约实在法认同的契约法基本原则之间的意义关联及价值序列。在第三部分，本文将对契约法教义——即直接解释契约规则的原理和学说——的一些基本问题作出阐述，该部分试图通过展示契约法教义的形成过程，提炼出契约法教义与契约法的理论来源、契约法原则之间的内在勾连。

^③ 这类研究的代表性文献，参见王利明等《合同法》，中国人民大学出版社2002年版，第24-40页；李永军：《合同法》（第二版），法律出版社2005年版，第43-86页；崔建远主编《合同法》（第五版），法律出版社2010年版，第15-22页；韩世远《合同法总论》，法律出版社2004年版，第33-45页；陈小君主编《高等政法院校规划教材：合同法学》（第四版），中国政法大学出版社2014年版，第19-22页等。

^④ 对这个观点具体的论述，参见黄卉《论法学通说（又名：法条主义者宣言）》，《北大法律评论》2011年第2期，第331-339页。

一、作为理论来源的契约法理：温和的道义论

（一）道义论契约理论和目的论契约理论的对立与融合

在现代契约正当性理论中，根据“正当”（right）和“善”（good）关系的不同，可以分为道义论契约理论和目的论契约理论两大脉络。道义论者认为正当优先于善，行为正当与否取决于行为本身的特性，与该行为的结果或者行为的目的无关。例如，诚实守信这个行为本身是正当的，则无论该行为的动机是什么，会产生什么样的结果，都不能否定该行为的正当性。现代道义论自由主义中，正当优先于善表现为“权利优先于善”，这包括两层意思。首先，某些个人权利胜过或压倒共同善；其次，具体规定我们权利的正义原则不依赖于任何特殊的善的观念。^⑤ 作为“权利”基础的正义原则独立于任何善或幸福生活的观念，是从康德的“自由意志”观念中抽象出来。^⑥ 以道义论自由主义为哲学渊源的契约理论则是道义论的契约理论，也被称为自治理论。这种理论主张，契约之所以正当，是因为契约是人们自由意志的外在表现。只要契约是当事人自由缔结的，无论该契约最终导致什么结果，也无论外在的观察者如何评价这个契约，只要该契约的缔结不伤害到其他人的自由和利益，就被断定是正当的、有效的，因此，契约义务是当事人自我设定的义务。^⑦ 目前，代表性的契约自治理论有弗里德的允诺论^⑧和本森的合意论。^⑨

目的论则主张，善优先于正当，仅从行为本身无法判断该行为是否正当，只能通过行为或制度能否促进善的实现来判断该行为或制度正当与否。目的论者会认为，诚实守信这个行为本身没有对错之分，判断该行为是否正当的标准在于诚实守信的行为是否能带来好的结果。因此，目的论者是从善推出正当，以善去规定正当。目前，具有代表性的目的论理论为功利主义和共同体主义。功利主义主张，判断行为或制度正当与否的标准是大多数人的最大幸福或财富。功利主义又分为规则功利主义和行动功利主义。“行动功利主义根据行动自身所产生的好或坏的效果，来判定行动的正确或错误；规则功利主义则根据在相同的具体境遇里，每个人的行动所遵守规则的好或坏的效果，来判定行动的正确或错误。”^⑩ 共同体主义则认为行为正当与否的判断标准是美德和共同体的公共善。^⑪ 以目的论为基础的契约法理论则是目的论契约理论。这些理论认为，契约之所以是正当的，是因为契约的缔结有助于“善”的实现，比如可以促进财富的增加，有助于达致结果的公平或者有利于德性的发展等

- ⑤ 参见 [美] 迈克尔·J. 桑德尔 《自由主义与正义的局限》，万俊人等译，译林出版社 2001 年版，第 225 页。
- ⑥ 关于康德的自由意志、道德法则、正义原则和权利关系的具体论述，参见李梅 《权利与正义：康德政治哲学研究》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 120-134、155-181 页。
- ⑦ See Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, pp. 8, 9.
- ⑧ See Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, pp. 1-37.
- ⑨ See Peter Benson, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *Cardozo Law Review*, Vol. 10, (1988), pp. 1079-1198; Peter Benson, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33, No. 2 (1995), pp. 274-336.
- ⑩ [澳] J. J. C. 斯马特、[英] B. 威廉斯 《功利主义：赞成与反对》，牟斌译，中国社会科学出版社 1992 年版，第 9 页。
- ⑪ 参见 [美] A. 麦金太尔 《追寻美德》，宋继杰译，译林出版社 2003 年版，第 279 页。

等。具有代表性的目的论契约理论有财富最大化理论、信赖利益理论和分配正义理论。因为“善”有多种，所以不同的目的论理论所要追求的“善”是不一样的。财富最大化理论主张契约的缔结可以促使人们的财富得到最大程度的增长，这也被看作功利主义的契约法理论。有的功利主义者甚至主张，人们通过契约而获得的权利是否具有正当性，仅仅取决于这种行为的结果是否能促进善的增长。^⑫ 在共同体主义思潮的影响下，有学者主张契约具有相互性，契约的义务要受到道德背景的限制和评估。^⑬ 因而，共同主义理论会要求契约义务的设定要保护信赖利益或者执行分配正义。

在现代哲学的发展中，以康德的自由意志理论为代表的道义论自由主义占据着主流地位，但是道义论面临着两个很有杀伤力的责难，即规范主义和形式主义。另外，康德的道义论在面对现实情境时，对人们的道德行为缺乏有效的约束力，因而出现了温和的道义论，或者称之为实质的道义论。这种温和的道义论虽然强调行为的道义价值，却并不因此而排斥行为本身的实质性价值。或者说，温和道义论者只是将正义和个人道义行为放在优先于效率和个人价值行为的地位，并不认为前者是唯一绝对的道德考量。^⑭ 罗尔斯是支持温和道义论的典型代表。温和道义论的出现，说明在某种程度上，道义论和目的论开始寻求融合。在契约法理论的争论和发展中，也同样出现了道义论和目的论的融合。现代契约法学者对自治理论发出了很多抨击，比如自治理论不能解释由信赖或过去利益引起的契约赔偿，自治理论中的“义务自设”原则本身就不一贯等等。^⑮ 目的论阵营中的财富最大化理论、信赖利益理论和分配正义理论也在不同程度上受到了契约法学者的批判。学者们指出财富最大化理论忽视了道德价值，在技术上不方便操作，不能解释契约法中一些与促进财富增长无关的美德，如赠与中所蕴含的慷慨。^⑯ 而信赖利益理论和分配正义理论则对于仍占据着主流地位的契约合意制度或允诺制度不具有一贯的解释力。在两脉契约理论的对立中，有些学者试图融合两脉理论，比如有的学者认为应该融合契约自治理论中的自治和财富最大化理论中的效益两种价值；有的则主张契约理论应该包含矫正正义功能和分配正义功能。^⑰ 更有甚者，如多元论的代表人之一詹姆斯·戈德雷（James Gordley）在《亚里士多德学派的合同法》一文中指出，契约法应该综合考虑多种价值。他参考并结合了亚里士多德学派提出的多种美德：自由、矫正正义和分配正义，认为只有结合这些要素才能解决以单一价值为基础的契约法理论所面临的难题。^⑱ 而有的学者则指出，任何一种契约法理论都不能完全完成契约法的任务，主张多种契约法理论并存，从不同的角度去证明契约法、解释契约法，而不是融合各种理论而构建

^⑫ See Michel Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory", *Iowa Law Review*, Vol. 70, (May, 1985), p. 799.

^⑬ 参见注⑤，第132页。

^⑭ 参见万俊人：《寻求普世伦理》，商务印书馆2001年版，第133、134页。

^⑮ See Jody S. Kraus, "Philosophy of Contract Law", in Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, p. 704.

^⑯ 参见[美]亨利·马瑟《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社2005年版，第32-41页。

^⑰ 具体论述，参见[美]Melvin A. Eisenberg《合同理论》，载[加]Peter Benson主编《合同法理论》，易继明译，北京大学出版社2004年版，第228-266页。

^⑱ 参见[美]James Gordley《亚里士多德学派的合同法》，载[加]Peter Benson主编《合同法理论》，易继明译，北京大学出版社2004年版，第293-377页。

出一种统一的体系化的契约法新理论。^{①⑨}

（二）我国学者的理论言说：温和道义论下的多元价值

傅静坤教授的《二十世纪契约法》一书是国内较早探索契约法正当性理论的代表性著作，作者详细介绍了二十世纪西方的各种契约法理论，并认为我国契约法应该综合考虑各种契约法理论，注意契约体系的开放性和契约原则的现实性。作者还指出，如果契约自由不能实现当事人的事实平等，则需要国家对契约自由予以干涉，促使契约产生对双方当事人较为平等的结果，从而实现真正的契约自由。^{②⑩} 郑云瑞教授则对西方契约法的正当性理论从哲学层面进行了梳理。他详细分析了古典自然法思想和实证主义法学思想如何进入到契约理论当中，并通过法典化的形式确立了契约法中契约自由的基础地位。^{④⑪} 李永军教授对历史上的契约效力正当性理论作了详尽的阐述和深入的分析。针对我国契约法的现状，李教授主张，“要说明契约约束力的根源，应从契约内在的视点和外在的视点、自律和他律两方面来说明”。^{②⑫} 徐涤宇教授认为，应该从伦理上挖掘契约效力的正当化的根源，并提出借鉴原因理论，对契约效力正当化理论进行伦理上的重建。因为原因理论具有丰富的内涵，既包含着契约自由中对意志的尊重，也蕴含了目的论中对契约公平平等的追求，同时还包含了一些美德。^{③⑬} 孙良国、董彪在《契约中的主观主义与客观主义研究》这篇文章中，以主观主义和客观主义的区分为线索分析了各种契约理论，认为无论是主观主义还是客观主义，都存在其固有的缺陷，我国的契约法应该将主观主义理论和客观主义理论相结合。^{④⑭} 解亘教授则是从契约约束力这个层面出发，对契约正当性理论作出了探索。解教授在论证我国契约约束力制度存在混乱之后，主张用契约构成理论作为我国契约约束力制度的正当性理论基础，并指出不应当将当事人自律的合意与来自他律的规范性补充彼此对立，应当将两者融合起来把握契约的本质。^{⑤⑮} 上述学者们在对契约法正当性理论的研究中，都或隐或明地主张我国契约法应该融合多种理论，综合各种因素，不提倡绝对的契约自由或契约公平。但是，我国有的契约理论研究学者则旗帜鲜明地主张用一元论来构建我国契约法，具有代表性的学者有孙学致教授和叶金强教授。笔者认为，这两位学者从哲学渊源上而言，并不支持纯粹的道义论或目的论。

孙学致教授将契约自由推崇到极致，他通过重新阐释“契约自由”的含义，试图仍然用“契约自由”来统领现代契约法。他对契约自由给出两重解释，即当事人之间的契约选择自由和对抗国家的私人意思自治。孙教授用前者来论证自由缔结的契约即有效，用后者来论证信赖规范和显失公平规范的正当性。^{⑥⑯} 不过，孙教授对自由的两重解释是在不同路径上进行的。第一种自由观的理论基石是道义论自由主义，即自由签订的契约有效仅仅是因为他是人们自由意志的体现。第二种自由观是哈耶克的自由观，即主张契约自由具有正当性的原因不

^{①⑨} 参见[美]罗伯特·A. 希尔曼《合同法的丰富性：当代合同法理论的分析与批判》，郑云瑞译，北京大学出版社2005年版，第266-271页。

^{②⑩} 参见傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第250-260页。

^{④⑪} 参见郑云瑞《古典契约理论的法哲学基础》，《社会科学研究》1998年第3期，第55-60页。

^{②⑫} 参见注③，李永军书，第238页。

^{③⑬} 参见注②，徐涤宇文。

^{④⑭} 参见注②，孙良国、董彪文。

^{⑤⑮} 参见解亘《我国合同约束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期，第70-84页。

^{⑥⑯} 参见孙学致《唯契约自由论——契约法的精神逻辑导论》，吉林人民出版社2006年版，第20-155页。

是在于自由本身具有至高无上的价值，而是因为从整体和长久的秩序来看，自由能够带来好的结果，这是规则功利主义也即目的论的一种体现。孙学致教授所提倡的“契约自由”融合了两种不同路径的自由观，因而其本质上还是融合了多元的价值。

叶金强教授认为传统的一元论契约解释理论即意思主义或表示主义都存在缺陷，在价值判断和技术方法两方面均难以满足现代契约解释的内在要求，但是二元论的解释模式又会分裂解释理论，因而，他主张以理性人的标准为核心建立一元论的契约解释理论。^{②7}表面上看，叶金强教授对二元论或者多元论的理论提出了质疑，但是他所提倡的理性人本身就是一个多种理论都使用的概念。在道义论契约理论中，理性人是抽象化绝对化的理性人；在目的论契约理论中，理性人则是具体情境化的理性人。^{②8}而叶教授正是把这两种类型的理性人合二为一作为其一元论解释理论的基础。因而，叶教授的理论并非绝对的一元论，在某种程度上与温和的道义论更为相符。

还有很多学者尽管没有就契约的正当性理论作出专门的研究或阐述，但是他们在解释契约制度、阐述《合同法》的立法精神或者在分析契约原则时，都不同程度地赞同契约法理论应该融合多元价值。谢怀栻老先生曾指出“我国的合同法是一个折衷、调和的产物，这一点无可厚非”。^{②9}江平先生在论述《合同法》时，提到“新合同法正是希图借助合同自由原则来实现人格与意志的自由，依靠诚实信用原则来达到衡平的正义”。^{③0}王家福先生在称赞《合同法》的特点时，指出新合同法充分体现了意思自治，并且兼顾了经济效率和社会公正、交易便捷和交易安全。^{③1}梁慧星先生在谈及《合同法》的立法指导思想时，也主张新合同法要充分体现当事人的意思自治，在价值取向上要兼顾经济效率和公平正义。^{③2}王利明教授在论述现代契约法的新发展时，也提出契约法的发展从形式正义走向实质正义，契约自由受到了诸多限制。^{③3}另外，崔建远教授、陈小君教授、韩世远教授等诸多学者也在他们的论述中体现了对多元价值的支持。^{③4}

纵观我国契约法学者的研究和论述，可以概括为如下两个特点：第一，尽管我国学者们的论述路径、问题意识以及主要论题有所区别，但是从理论根源上而言，他们都是多元价值的拥护者。第二，在契约的多元价值中，我国学者基本都赞同自由价值具有优先性，公平、效率等价值只是兼顾考虑。因而，我国学者们尽管没有阐明其理论前提，但是从他们的阐述中可以看出，他们并不赞同激进的道义论或目的论，而是在温和的道义论的指引下，试图融合契约法的多元价值。

^{②7} 参见注②，叶金强文。

^{②8} 关于这个问题的具体论述，参见资琳《契约制度的正当性论证：一种以主体为基点的研究》，中国政法大学出版社2009年版，第27-30页。

^{②9} 谢怀栻《由〈合同法〉想到的几点问题》，《法学家》1999年第3期，第69页。

^{③0} 江平、程合红、申卫星《论新合同法中的合同自由原则与诚实信用原则》，《政法论坛》1999年第1期，第2页。

^{③1} 参见王家福《跨世纪的市场经济基本大法》，《中国法学》1999年第3期，第15页。

^{③2} 参见梁慧星《合同法的成功与不足》（上），《中外法学》1999年第6期，第14-17页。

^{③3} 参见王利明《论合同法的新发展》，《江海学刊》2003年第2期，第117-122页。

^{③4} 参见注③，崔建远书；注③，陈小君书；注③，韩世远书。

二、作为基本原则的契约法理：价值体系之呈现

如上文所述，多元价值的主张虽然易于解释和论证现代的契约制度，但多元价值中隐含着多重相互冲突的原则。道义论的契约理论推崇契约自由，而目的论中的财富最大化理论则将契约效益作为最终的价值追求，分配正义理论则强调契约公平的重要性。现代主流契约理论的争议焦点也是契约自由、契约公平和契约效率的冲突。如果要以多元价值为基础构建一贯的契约法体系，我国契约法内部的这些原则之间应有位阶之分，并以原则为载体形成价值体系。^{③⑤} 原则并不以要么对要么错的方式来实现，不同原则之间可能相互冲突，但并不因为相互冲突而失去效力。内部体系中依然有决定性原则，决定性原则是法律的根本理念，也是构成价值体系的脉络所在。那么，以温和的道义论为前提，我国契约法领域是否形成了契约法的原则序列，这些原则序列是否能融贯地论证和解释我国的契约实在法呢？下文，笔者试图从我国的法律制度、司法实践、学者言论中整理出我国契约法基本原则的序列。

（一）契约自由的优先性

尽管契约自由在各国契约法中都受到了限制，契约的强制力也受到一些变更，然而，这些限制或变更只是作为契约自由原则的例外，作为一般原则的契约自由原则仍然存在并发挥着决定性的作用。^{③⑥} 我国契约自由原则的法律表述体现为我国《合同法》第4条的规定。^{③⑦} 从理论上而言，我国学者认为契约自由是指当事人在法律允许的范围内，就与契约有关的事项享有选择和决定的自由。^{③⑧} 许多学者呼吁我国《合同法》应强调契约自由原则，并应将该原则的精神体现在全部契约法的内容之中。^{③⑨} 从我国契约立法而言，学者们也同样主张，我国《合同法》中的契约自由原则以主体平等为前提，以意思自由为核心，充分体现了法律对当事人自由意思的尊重，任何机关、组织和个人都不得非法干预。^{④①} 在我国法律制度中，契约自由的优先性体现为以下三个方面：

1. 契约自由内容的广泛性

契约自由内容的广泛性有两层含义。一是纵向而言，在契约缔结、履行的整个过程中，契约自由贯穿始终；二是横向而言，契约的各个方面比如缔约形式、缔约相对人等内容，当事人都可以自由选择。在我国，学者们一般认为契约自由包含以下内容：^{④②} 第一，订立契约的自由。即当事人可以自由决定是否与他人订立契约。因为契约的成立包含要约和承诺两个方面，所以缔约自由也包含要约自由和承诺自由。该自由非常重要，是其他契约自由的前

^{③⑤} 关于法律的内部体系和外部体系的详细阐述，参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第316-363页。

^{③⑥} 参见尹田《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》，法律出版社2009年版，第39页。

^{③⑦} 《合同法》第4条规定“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”

^{③⑧} 参见崔建远、戴孟勇《合同自由与法治》（上），载高鸿钧等《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第287页。

^{③⑨} 参见王利明《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2011年版，第199页。

^{④①} 参见梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由（合同编）》，法律出版社2013年版，第58页。

^{④②} 参见郑玉波《民法债编总论》，三民书局1996年版，第34、35页；王利明《论合同自由原则》，载《法制现代化研究》（第二卷），南京师范大学出版社1996年版，第354页；注③，崔建远书，第18页。

提。第二，选择相对人的自由。即当事人可以依据自己内心意愿选择与什么样的人缔结契约。第三，设定契约内容的自由。即当事人之间可以对契约权利义务的分配、风险负担、履约方式等具体内容自由设定，只要其内容不违背法律法规和社会公共利益，法律就承认其有效。第四，变更和解除契约的自由。在契约签订之后，当事人之间也可以自由协商变更和解除契约，这充分体现了当事人的自由意志掌控着契约的整个过程。第五，决定契约形式的自由。即对于以什么样的方式订立契约，当事人可以自由协商决定。

2. 当事人的约定优于法律

在契约与法律的关系上，当事人的合意优于任意性规范。任意性规范的主要作用在于补充当事人意思自治的不足，当事人可以通过自由协商排除任意性规范的适用，如果当事人对契约内容的有关事宜争执不一，则可以适用任意性规范予以裁决，因而当事人的合意具有优先于任意性规范而适用的效力。正如学者所言，大凡关系人之间利害的事项，法律设任意性规定，允许当事人依其自由意思，自主决定。^{④②} 我国《合同法》中许多条文都规定“当事人另有约定的除外”，这是约定优先的具体体现。例如，《合同法》第133条规定“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

3. 契约基本自由的充分性和平等性

契约自由的优先性并不意味着契约绝对地不受限制，即使是契约的基本自由也只能是充分的平等的，而不是最大化了的。至于基本自由，罗尔斯给出了很好的界定^{④③}并且把个人财产自由列为基本自由，因为这种自由可以“给个人的独立和自尊留有充分的物质基础，而对于发展和发挥[个人的]道德能力来说，个人的独立和自尊都是根本性的”。^{④④} 具体到契约权利而言，契约基本自由应该包含两个方面，一是自由选择自己生活计划的权利，二是自由转让自己财产的权利。这两项基本自由是充分的平等的，而不是最大化了的。首先，即使是基本自由，也不可以完全不受限制地扩充，一旦契约基本自由能够充分地获得实现，就不能再无限地扩张。比如，《合同法》第51条对无效契约的规定，其实质就是对当事人无限制扩张契约自由的规制。其次，基本自由是平等的。这意味着人们即使行使基本自由也不能伤害到他人同等的基本自由。因而，前两项契约基本自由是建立在当事人相互尊重的基础上的，当事人不能以损害他人基本自由的方式来实现自己的基本自由。我国《合同法》中有关意思表示瑕疵的规定就是保证契约基本自由平等行使的体现。

(二) 契约公平的制衡性

如上文所述，契约基本自由具有充分性和平等性，但是“不在清单上的自由，例如在放任自由原则下的契约自由不是基本的，也就是不具有第一个原则的优先性”。^{④⑤} 对于非基本自由中的契约自由，现在各国法律都予以了一定程度上的限制，其限制的的主要目的是为了分配正义或者契约伦理的实现，在我国主要体现为契约公平原则对契约自由原则的限制。契约

^{④②} 参见韩世远《民法的解释论与立法论》，法律出版社2015年版，第62页。

^{④③} 参见[美]约翰·罗尔斯《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第57页。

^{④④} [美]约翰·罗尔斯《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社2000年版，第316页。

^{④⑤} See John Rawls, "Reply to Alexander and Musgrave", in Samuel Freeman (ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, 1999, p. 239.

公平原则在我国《合同法》第5条予以明文规定。^{④⑥} 契约自由原则规范契约形式上和程序上的公正，而契约公平原则强调的是契约的实质公平和结果公平。契约公平原则某种程度上是契约自由的补充，同时也对任意的契约自由作出了制衡。我国契约制度中契约公平对契约自由的制衡，主要体现为以下几个方面：

1. 显失公平规则的设置

我国显失公平规则的设置主要体现为两个条文，一是《合同法》第54条规定，二是《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第151条。^{④⑦} 《民法总则》第151条融合了《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）第70条和第72条，将显失公平和乘人之危合二为一，把显失公平的判断标准从《合同法》中规定的单一的客观显失公平，变成了主观显失公平和客观显失公平的统一。在《民法总则》出台前，尽管《合同法》对于显失公平规定得过于宽泛，但裁判机构在进行认定时，则已经是逐渐采用主客观二重要件来判断。^{④⑧} 学者们的主流意见也是主张显失公平的契约是程序性显失公平与实质性显失公平的统一。^{④⑨} 要求对显失公平的判断结合主观和客观、程序和结果来进行，这意味着如果当事人的自由意思表示没有任何瑕疵，那么即使结果再不公平，也不能适用该规则。可见，显失公平规则实际上仍然彰显了契约自由的优先性，其立法目的不过是用契约公平对恣意挥霍自由的行为予以限制，对明显失衡的结果予以平衡。

2. 格式条款的控制

《中华人民共和国消费者权益保护法》第24条^{⑤⑩}开启了我国法律规制格式契约条款的先河。而后，《中华人民共和国保险法》和《中华人民共和国海商法》也对格式条款作出了零星规制。我国法律对格式条款一般性的规定集中体现在《合同法》第39条至第41条。根据

^{④⑥} 《合同法》第5条规定 “当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

^{④⑦} 《合同法》第54条规定 “下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或撤销：（一）因重大误解而订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或撤销。” 《民法总则》第151条规定 “一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

^{④⑧} 在“家园公司诉森得瑞公司合同纠纷案”中，判决书中写道 “认定显失公平一是要考察合同对一方当事人是否明显不公平。根据民法通则和合同法的有关规定，签订合同作为一种双方的民事法律行为，应贯彻公平原则。公平原则的实质在于均衡合同双方当事人的利益。因此，对合同显失公平的认定应结合双方当事人权利义务是否对等、一方获得的利益或另一方所受损失是否违背法律或者交易习惯等方面综合衡量。二是要考察合同订立中一方是否故意利用其优势或者对方轻率、没有经验。所谓利用优势，是指一方利用其在经济上或其他方面的优势地位，使对方难以拒绝对其明显不利的合同条件；所谓没有经验，是指欠缺一般生活经验或者交易经验。显失公平的合同中，利益受损的一方往往因为无经验，或对合同的相关内容缺乏正确认识的能力，或者因为某种急迫的情况，并非出于真正的自愿而接受了对方提出的合同条件。” 最高人民法院办公厅编写《中华人民共和国最高人民法院公报》（2007年卷），人民法院出版社2007年版，第450-454页。

^{④⑨} 参见彭真明、葛同山《论合同显失公平原则》，《法学评论》1999年第1期，第62-68页；徐涤宇《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》，《法律科学》2001年第3期，第111-119页；李永军《合同法原理》，中国人民公安大学出版社1999年版，第251、258、280、281页；贺剑《〈合同法〉第54条第1款第2项（显失公平制度）评注》，《法学家》2017年第1期，第159-163页；武腾《显失公平规定的解释论构造——基于相关裁判经验的实证考察》，《法学》2018年第1期，第124-140页。

^{⑤⑩} 《消费者权益保护法》第24条规定 “经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。”

《合同法》的立法思想,《合同法》对格式条款的规制,是为了保护在市场经济中处于弱势的一方。^{⑤①} 学者们也认为,对标准契约进行控制的主要目的是防止市场经济中处于垄断地位或者经济实力明显占优势的一方利用格式条款损害市场经济中处于弱势方的顾客的利益,以维护契约公正。^{⑤②} 如果我们再深入思考,会发现对格式条款中契约公平的维护实际上也是出于对契约自由的补足。在格式条款的签订过程中,相对方要么经济实力弱小无力抗衡条款提供方的绝对优势地位,要么专业知识不足无法真正明晰格式条款的风险。在这种情况下,一方面,相对方的意思自治没有充分实现,也即存在着契约自由的瑕疵;另一方面,格式条款提供方则有可能利用单方面的契约自由拟定出损害消费者利益的条款,滥用自己的契约自由。^{⑤③} 因此,对格式条款的规制不是对契约自由的颠覆,而是补足和制衡。

3. 情势变更制度的确立

2009年颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《解释(二)》)第26条正式确立了我国的情势变更制度。^{⑤④} 从这条规定可以看出,情势变更制度的确立是为了契约公平的实现,但是情势变更制度依然没有突破契约自由的优先性地位。论证情势变更制度的学说有约款说、义务改变说、法律行为基础说等,这些学说都力图论证情势变更的基础与当事人的自由意志有关联,要么是当事人默认的契约产生的客观基础发生了改变,要么就是发生了超出当事人自由意志可以决断的范畴。在情势变更制度确认之前,我国的司法实践已经有多起认定情势变更的案例,从这些案例中,可以看出法官的认定较为随意,如此下去,则容易破坏契约自由的基础地位。从某种意义上说,《解释(二)》对情势变更制度的确认实际上是给法官认定情势变更提供了严格的标准。而且最高人民法院在《解释(二)》发布3天之后即专门发布了《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(法[2009]165号),严格限制了法院认定情势变更的程序。^{⑤⑤} 最高人民法院对情势变更制度的判断标准和认定程序都作出严格限定,其宗旨也就是为了保证契约自由原则的决定性作用。而在我国学术界,无论是在情势变更制度确认前,还是确认后,主流观点都认为情势变更制度不能动摇契约自由的优先地位。^{⑤⑥}

(三) 契约效率的附属性

- ^{⑤①} 参见王利明《统一合同法制订中的若干疑难问题探讨》(上),《政法论坛》1996年第4期,第52、53页。
- ^{⑤②} 参见苏号朋《格式合同研究》,《比较法研究》1998年第2期,第113页;张新宝《定式合同基本问题研究》,载张新宝主编《法路心语》,法律出版社2003年版,第20页;注③,李永军书,第96-301页;注③,崔建远书,第63页;李仕萍《定式合同有关问题探讨》,《政法论坛》2000年第3期,第33、34页。
- ^{⑤③} 参见王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围——欧洲与德国的模式及其借鉴意义》,《比较法研究》2014年第1期,第178页。
- ^{⑤④} 《解释(二)》第26条规定“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除”。
- ^{⑤⑤} 参见曹守晔《〈最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释(二)〉之情势变更问题的理解与适用》,《法律适用》2009年8期,第46页。
- ^{⑤⑥} 参见王利明《民商法研究》(第四辑),法律出版社1999年版,第481页;韩强《情势变更原则的类型化研究》,《法学研究》2010年第4期,第67-69页。

我国学者一般将鼓励交易与契约效率联系在一起，或者在同一个意义上使用。在《合同法》立法之前，我国有学者认为应在契约法中纳入鼓励交易的内涵，主要以王利明教授为代表，主张应将鼓励交易作为统一契约法的目标与基本原则。其认为，平等市场主体间的财产或利益交换也就是所谓交易，虽然纷繁复杂、形式多样，但无论是何种交易，都要通过契约关系表现出来并受到契约规则的规制。而“契约关系越发达越普遍，则意味着交易越活跃，市场经济越具有活力，社会财富才能在不断增长的交易中得到增长”。^{⑤7}因而，为了适应我国市场经济发展的需求，我国《合同法》应该确立鼓励交易原则。在《合同法》立法草案的说明中，梁慧星教授也指出，《合同法》的立法“既要注重有利于提高效率，促进生产力发展，又要注重维护社会公益，保护消费者和劳动者权益。”^{⑤8}

我国《合同法》虽未明文规定鼓励交易或者契约效率的原则，但契约效率的精神已然贯穿其中，有关契约成立、契约无效、契约解除、契约解释等多项制度的规定皆体现了《合同法》对这一法理的秉持。在司法实践中，契约效率也越来越受到重视，上文提到的《解释（二）》中有关合同订立内容的补充规定，集中体现了我国司法实践对契约效率的追求。

尽管鼓励交易已然在契约法领域中占据了一席之地，但是我国学界对这一原则的研究与其他原则相比，明显薄弱。学者们对于契约效率是否能够成为我国契约法的一项基本原则，具有不同的意见。持赞同说的学者的理由主要有：第一，鼓励交易能够提高效率，增长财富，促进市场经济的发展；^{⑤9}第二，契约效率或者鼓励交易可以促使自愿交易的达成，最大程度地体现当事人的自由意志。^{⑥0}

反对论者的主要理由有以下三点：第一，契约效率原则具有伦理和技术上的局限性。契约效率面临的最大批评是忽视道德价值，另外，对契约效率的分析还存有技术缺陷，即通常无法为契约争议提供一个确定的法律规则。这样一来，不是导致法律结果难以预测，就是要求一套过于复杂的、经常改变的具体规则。^{⑥1}第二，鼓励交易原则与缔约自由在一定程度上存在冲突。缔约自由是契约自由的应有之义，缔约自由包括积极的缔约自由和消极的缔约自由，即订立契约的自由和不订立契约的自由。“出于鼓励交易的目的过分降低契约成立的要件标准、通过预约契约制度将当事人受契约约束的时点一再前移、将缔约过失责任宽松化，都会妨碍到消极的缔约自由。”^{⑥2}第三，在尊重当事人意愿的前提下，尽可能地促成契约的成立和有效这一点实则是意思自治原则的体现，无需另设契约效率原则。^{⑥3}

严格意义上，我国主张鼓励交易、提倡契约效率的学者和西方效益论的提倡者有着显著的区别。西方主张效益论的学者提出契约效率或者财富最大化理论，有两种论述路径。第一种也即主流理论是为了揭示出“普通法上的契约制度蕴藏着完整的经济逻辑，其目的是增加

^{⑤7} 王利明 《合同法的目标与鼓励交易》，《法学研究》1996年第3期，第94页。

^{⑤8} 梁慧星 《“从三足鼎立”走向统一的合同法》，《中国法学》1995年第3期，第9-17页。

^{⑤9} 参见注^{⑤7}，第95页。

^{⑥0} 参见叶晓欣 《新合同法与鼓励交易目标》，《山西高等学校社会科学学报》2005年第10期，第61页。

^{⑥1} 参见注^{⑥0}，第32-36页。

^{⑥2} 罗昆 《鼓励交易原则的反思与合理表达》，《政治与法律》2017年第7期，第31页。

^{⑥3} 参见王红霞 《质疑鼓励交易原则——兼与王利明先生商榷》，《市场周刊（研究版）》2005年第12期，第96页。

经济效率”。^④ 第二种进路除了要对契约制度进行解释之外，更重要的是，还将财富最大化作为衡量契约制度正当与否的标准。^⑤ 因而，在西方效益论者看来，契约效率不仅是契约法中独立的一项价值，而且还是可以统率整个制度的核心价值。至于契约自由，只是实现契约效率的手段或者定义契约效率的工具。^⑥ 在西方效益论者那里，契约自由是契约效率的附属，契约制度中之所以会强调当事人的意思自由，是因为意思自治能够最大程度地实现契约效率。但是，我国提倡鼓励交易的学者均表示，追求契约效率必须是在尊重契约自由、尊重当事人意思自治的基础上进行。例如，王利明教授就指出，鼓励交易是鼓励当事人在真实意思表示一致基础上的自愿交易，基于意思表示有瑕疵的行为而产生的交易不仅不应该鼓励，而且还要予以限制和调整。^⑦ 因而，我国学者即使认为契约效率是契约法的基本原则和目标，也没有将契约效率作为一项独立的价值，只是将其作为契约自由的补充和附属。《解释（二）》对契约订立制度的解释，被很多学者看作是对契约效率的追求，但实际上该解释要解决的关键问题是，在当事人的合意不具有完备的形式要件时，如何判断当事人的合意是否成立。其核心要素是如何维护契约自由，而不是实现契约效率。因而，我国契约法学界的理论假设是：如果当事人的意志是完全自由的，那么该契约就具有效率。可以说，在我国的司法实践和理论言说中，契约效率并不具备独立的价值，只是作为契约自由的一种补强意义而存在。

三、作为法律教义的契约法理：具体契约规则背后的原理

在我国契约法实在法体系所能接受的范围内，温和的道义论在理论来源上给出了较为一贯的解释和论证，基本原则的法理构成了价值体系。在价值体系之下，还有一个微观的契约法理，即作为法律教义的法理。作为法律教义的法理和作为原则的法理之区别在于，原则是在价值层面构建一个价值体系，但是法律教义是用描述性的方式来表达围绕契约实在法展开的一般性权威命题和原理。^⑧ 契约法教义和契约法的规则又不相同。契约法教义是论证、解释契约法某项具体规则的通说或支配性原理。比如，契约法中有关于要约承诺的相关规则，在很长一段时间中，这些规则的教义是镜像准则，而镜像准则又是契约自由优先这一价值序列的体现。因而，教义可以被称为法律规则背后的“规则”或“原理”。相对于法律原则，教义更具体化，更具有针对性，同时也能更面向法律实践。从抽象到具体的层面来看，我国契约法理可以如此排序：理论来源—基本原则—法律教义。契约法教义并非在立法中就完全形成，其形成过程也不是一蹴而就。作为理论来源的契约法理和作为基本原则的契约法理，

^④ 同注^②，第 215 页。

^⑤ See Anthony T. Kronman, “Wealthy Maximization as a Normative Principle”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2 (Mar., 1980), pp. 227-242.

^⑥ See Richard A. Posner, “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (Jan., 1979), p. 119.

^⑦ 参见注^⑤，第 95 页。

^⑧ 参见雷磊《什么是法教义学？——基于 19 世纪以后德国学说史的简要考察》，《法制与社会发展》2018 年第 4 期，第 120、121 页。

在立法过程中经过辩论、论证等过程已经基本形成，这是能够保证契约法理具有融贯性和体系性的基本要求。作为教义的微观法理，会随着社会的发展、实践的争议而不断地修正、变化，因而，契约法教义的形成要经过一个长期争论、论辩的过程。下面，我们以显失公平规则背后的主客观统一说为例，来揭示我国契约法教义是如何形成的。

（一）契约法教义的形成：以显失公平规则为例

现代各国契约制度基本上认可了显失公平规则，但是论证显失公平规则的理由则各不相同，正如学者所言，关于契约法的理论基础，有很多争论，几乎没有达成任何一致意见。^{⑥9}在法国，对类似于显失公平规则的规定，有主观解释和客观解释两种相互对峙的理论。在《德国民法典》中，为了避免两种理论对峙的尴尬，将“暴利行为”归为违反善良风俗。但是，为什么这种行为是违反善良风俗的，是因为结果或是因为主观上的利用情形，还是两者兼有？《德国民法典》并没从理论上给出令人信服的解释。英美法系在显失公平制度的理论基础之上，同样存在着道义论解释和目的论解释的对峙。

我国契约法中显失公平规则的解说也经历过纷繁复杂的变迁过程。首先从立法过程来看，几经变迁。在《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）颁布之前，我国的主流意见认为，对显失公平应该结合主观因素和客观因素一起判断。但是《民法通则》将乘人之危与欺诈、胁迫并列规定，同时单独规定了显失公平，从《民法通则》法条的形式逻辑推理，乘人之危应该只是程序性不公平，其构成不应包括实质性不公平。但是《意见》却将乘人之危与显失公平的构成要件都规定为程序性显失公平与实质性显失公平的统一。不过，令人不解的是，1999年颁布的《合同法》并未将《意见》的规定吸收于相关立法中，而基本上沿袭了《民法通则》的立法。2017年颁布的《民法总则》将乘人之危与显失公平相合并，正式从立法上确立了主客观相统一的标准。在《民法总则》出台之前，我国学术界和司法界对显失公平与乘人之危的构成要件、两者关系的看法也见仁见智。有的认为“民法通则把显失公平行为单列一类，因而其只须一个客观要件即可成立”。即“在该行为成立时，依一般社会情势，可判断其有失公平”^{⑦0}即可。持这种观点的还有梁慧星教授^{⑦1}和韩世远教授。^{⑦2}然而，许多学者对此持不同观点，他们认为应把乘人之危作为显失公平的原因即程序要素加以规定。显失公平契约是程序性显失公平与实质性显失公平的统一。^{⑦3}

在学术界对显失公平规则背后的原理争论不休之时，司法实务界对如何认定显失公平也显得比较随意，有的采用单一的客观标准，有的采用主客观统一说，因而造成了司法界的混乱。2007年最高人民法院公布的公报案例“家园公司诉森得瑞公司合同纠纷案”确认了显失公平契约的认定要结合主观和客观要件。这起案例的出台，对司法界显失公平认定的混乱局面作出了确定性的指引，同时也产生了司法界有关显失公平规则的权威教义或者通说。此

^{⑥9} See S. M. Waddams, “Unconscionable Contracts: Competing Perspectives”, *Saskatchewan Law Review*, Vol. 62, (1999), p. 2.

^{⑦0} 佟柔主编《中国民法学·民法总则》，中国人民大学出版社1990年版，第234页。

^{⑦1} 参见梁慧星《民法总论》，法律出版社2001年版，第233页。

^{⑦2} 参见注③，韩世远书，第230、231页。

^{⑦3} 参见注④9，彭真明、葛同山文；注③，徐涤宇文；注③，李永军书；张燕玲《浅析显失公平的合同》，《法学论坛》2000年第3期，第52-56页；王家福主编《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第351页；王利明、崔建远《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第283页。

后,学术界关于显失公平的争论日趋平缓,2007年以来学术期刊网上讨论显失公平的文章都基本赞同主客观结合说。^{⑦④}主客观结合说已经成为学术界和司法界的通说,至此,对显失公平的认定要结合主观和客观标准综合断定这一原理才成为了我国显失公平规则背后的契约法教义。

从显失公平规则及其解说的变迁过程可以发现:首先,学术界通说的形成和司法界通说的形成过程未必一致,即使学术界没有形成具有支配性的意见,司法界也可能在长期的摸索过程中形成通说,从而影响到学术界的意见。其次,要成为契约法的教义,需要学术界和司法界形成共同的具有支配性的意见。在我国,学术界和司法界中无论哪一方先达成共识,都会影响到另一方支配性意见的形成。再次,契约法教义应该与已然存在的契约法规则体系和契约法的价值体系相融贯。单一的客观说其实是与我国《民法通则》和《合同法》的规则体系相违背的。从契约规则体系而言,如果单一地依循客观要件,那么显失公平的契约应该是无效,其主要理论渊源来源于目的论的契约法理论,但是我国却规定显失公平的契约为可撤销。因而,如果采取单一的客观说,那么,从整个契约法规则体系来看,显失公平规则不仅无法自圆其说,而且也不符合前文所阐述的自由优先的价值体系。而主客观结合说既能够合理地解释契约法的规则体系,又能够与前文阐述的原则序列相融贯。显失公平规则是合同法中公平原则制衡性的体现,公平原则之所以具有制衡性的地位,而不是优先性,是因为其理论来源是温和的道义论。

通过上文的阐述,我们可以得出契约法教义的形成要满足两个条件。首先,对于某项具体规则背后的原理或学说,法学界达致具有支配性的意见;其次,此支配性意见与温和的道义论和契约法的原则序列具有融贯性。因而,通说和教义是有所区别的。通说仅指形成了支配性意见,但是该意见有可能与法理体系并不融贯;^{⑦⑤}契约法教义不仅是一种通说,而且该通说还要与契约法理体系相融贯。

(二) 契约法教义的功能

从上文所述,我们会发现,司法裁判中法官所依据的“合同法理”,有很大一部分是在契约法教义的意义使用的。^{⑦⑥}但是,有的案件中还没有形成契约法教义,那么,这些案件中所依据的“合同法理”,只是法官们自我认同的具有说服力的原理。在没有形成支配性意见的同类案件中,法官们的判决可能会呈现出同案不同判的景象,因而,契约法教义的形成有利于统一司法裁判的尺度,以促使同案同判得以实现。

虽然《民法总则》最终并未将法理列为我国的正式法律渊源,但是,一旦针对某项有争议的法律规则形成了契约法教义,法官在司法实践中一般会自觉地适用该契约法教义,因而,法律教义实际上具有补充性的法律渊源的作用。一旦教义形成,无论是采用教义来解释契约规则,还是运用原则序列来予以论证,其结果都会具有一致性,因为此时教义、原则、理论来源以及规则的精神基本一致。比如,在一起契约纠纷案件中,最高人民法院在判决书中写道,“依合同法理,合同的性质由当事人的真实意思表示,即当事人约定的权利义务所

^{⑦④} 代表性文献,参见注④,贺剑文;注④,武腾文等。

^{⑦⑤} 关于这点的详细阐述,参见王凌峰《存在(理智上可辩护的)法律教义学吗?》,《法制与社会发展》2018年第6期,第26-45页。

^{⑦⑥} 参见孙光宁《最高人民法院如何适用“法理”》,《湖北社会科学》2018年第8期,第151-159页。

决定”。^⑦ 此处所概括的契约法理既是教义，也是契约自由原则的体现，同时也是具体契约规则应有之义。而且，由于学者们对教义的解释和阐述比原则要丰富、细致得多，因而用符合法律原则的具体教义来阐明有争议的规则的含义，会更具说服力。例如，在上文提到的“家园公司诉森得瑞公司”契约纠纷案中，法官在判定当事人的契约是否属于显失公平时，不仅援引了公平原则，而且通过援引教义——主客观结合说，详细地阐述了不构成显失公平的理由。将教义作为补充性的法律渊源，来阐释有争议的法律理解，不仅使得同类案件的判决结果具有一致性，而且判决结果与契约法体系也会具有融贯性。

如果我们再进一步分析的话，会发现契约法教义之所以具有融贯性是因为其勾连了契约法的价值体系和契约法的规则体系，从而使得两者之间形成了关照。法律规范并不是彼此毫无关系地并存，其间有各种脉络关联。契约法规则体系是以形式逻辑规则建构的抽象、一般的概念体系。此种体系的形成基石是不同抽象程度的诸个概念的形成。选择何种要素定义抽象概念，取决于该概念形成之时所欲追求的目的和价值。抽象概念所形成的规则体系可以保障由之推演出的所有结论之间不相矛盾。但是，在抽象概念提纲挈领的同时，作为法律调整基础的价值标准及法律原则所含的意义也从该概念中被剥离出去，这使得法律的适用就成为纯粹的逻辑演绎。在法律适用中，严格逻辑意义的涵摄并不多，很多概念在“涵摄”时，就必然涉及到了该概念所蕴含的价值或功能，这就必须通过价值体系来理解。价值体系的基石为基本原则，原则又必须被具体化才能得以适用。而“契约法教义”则将抽象概念与原则勾连起来。契约法规则与契约法教义之间的关系为：前者是可供涵摄的技术性概念，后者虽不适宜涵摄，但可以说明契约法规则的实质基础及结构。契约法教义并非区别于规则体系的另一套语词系统，而只是被抽象概念所遮蔽了的价值功能的显现而已。即在体系化的法律规范中，契约法教义在涵摄时充当着技术性的角色，当无法直接涵摄时，我们就必须透过教义了解该规则所承载的价值。而该契约法教义的理解又必须回归于原则，原则又是在发展中不断具体化的。如果从法律规范适用的角度观察，则是经由规则体系再到原则体系；而从法律体系的形成视之，则是原则体系先于规则体系而产生。一旦将原则体系中的关联用抽象的概念予以固定化，形成规则体系，则在法律适用时又会发生经由规则体系再到原则体系的过程。比如，我国契约法以契约是合意这个抽象的概念为上位概念构成了一个规则体系。合意包括：以发生法律关系为目的、有合意存在、合意无瑕疵、契约当事人有相应的行为能力。其中，合意无瑕疵通常包括：无胁迫、无欺诈、无错误、无显失公平。在阐释显失公平为什么会从属于合意无瑕疵这个范畴时，以及如何断定显失公平中蕴含的价值因素时，契约法教义就发挥了作用，作出了恰当的解释，从而使得我国契约规则体系与契约价值体系形成了融贯的整体。如果没有契约法教义，我们会觉得显失公平规则就是契约规则中的怪胎，也无法理解其承载的价值。

综上所述，契约法教义在契约法体系形成的过程中，将契约规则承载的价值显现出来，同时将契约原则具体化，从而勾连了契约原则和契约规则，使其成为融贯的整体。正是因为契约法教义的这种勾连性，在契约规则的适用出现无法直接涵摄的疑难情形时，契约法教义可以解释、论证规则的具体含义，从而实现同案同判。

^⑦ (2013)民申字第2298号。

结 语

通过上文的阐述,我们发现,在契约法领域,契约法理的论述和适用具有多重含义,有直接论述,也有隐性论述。根据契约法理的抽象程度,契约法理可以分别在理论来源、基本原则和法律教义三个层面进行探讨。这三个层面的契约法理不是孤立的存在,其相互之间具有融贯性、一致性,共同构成了一个被我国契约实在法所认可的由抽象到具体的法理体系。作为理论来源的契约法理,我国大多数学者的论述与温和的道义论相吻合,而且温和的道义论也能给我国契约实在法提供一贯的正当性论证。作为基本原则的法理,我国契约法学术界和实务界基本都认可了以下价值体系:契约自由的优先性、契约公平的制衡性、契约效益的附属性。契约法教义是具体契约规则背后具有支配性的原理。契约法教义的形成需要经过一个长期论辩的过程,其一旦形成,则会勾连契约法的基本原则与契约法的具体规则,使得基本原则的价值属性得以具体化,让具体规则的价值承载得以呈现。本文对契约法理体系^⑧的总结和归纳,不是止步于揭示学者们和法官们言说的实质内涵和内在关联,更重要的是想通过这种揭示,为契约法的规则体系和司法实践提供稳定融贯的理论基础。因为就契约规则而言,尽管有些规则被各国契约法所认可,但是,这些规则并没有得到一贯的解释和论证,而且规则背后的法理基础也大相径庭。例如,对于上文所说的显失公平规则,不同的正当性理论都予以赞同,但是,赞同该规则背后的理论来源并不相同。道义论的契约法理论赞同显失公平规则,是因为其认为显示公平规则实质上强调的是当事人自愿平等参与交易的能力,而不是强调结果的公平;^⑨而分配正义理论则认为显失公平规则是保护弱势群体,进行再分配的工具;^⑩效益理论则认为显失公平规则之所以是正当的,是因为该规则可以使效益最大化。^⑪认同显失公平规则背后的理论来源不同,则立足于理论来源之上的价值序列也会截然不同,于是在具体的契约纠纷尤其是疑难案件中,对如何判断显失公平的具体学说也就难以趋同,如果我们不明晰背后不同层次不同脉络的法理体系,对显失公平契约的认定则很难保持一贯的立场,从而使得关于显失公平问题的司法实践呈现出混乱的态势。因而,要真正做到“同案同判”,仅仅依靠法官们对规则的接受是远远不够的,还必须揭示出规则背后所凝聚的法理体系。

由于契约法理有着非常丰富的意蕴,目前我国还没有形成统一的表达,如果任由法官不加以论证和区分地运用“契约法理”进行裁判,这一方面让当事人难以捉摸其真实含义,另一方面也可能成为法官拒绝仔细说理的避风港。因此,法官们据“契约法理”裁判时,要谨防恣意。首先,法官要进行法理的鉴别和认定,即厘清什么样的法理能够成为契约纠纷裁

^⑧ 本文对契约法理的提炼,是殊理的提炼,关于公理、通理和殊理的区别的具体论述,参见李晓辉《论法理的普遍性:法之“公理”、“通理”与“殊理”》,《法制与社会发展》2018年第3期,第21-28页。

^⑨ 参见[加]Peter Benson《合同法的统一》,载[加]Peter Benson主编《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社2004年版,第213、214页。

^⑩ See Anthony T. Kronman, “Contract Law and Distributive Justice”, *The Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 3 (Jan., 1980), pp. 490, 491.

^⑪ 参见注^⑥,第119-131页。

判的依据。从融贯性的角度而言，不是通说或者权威学者的理论就能成为裁判的依据，而是要求该法理必须与契约法理体系具有融贯性，必须能够一贯地解释和论证我国契约实在法。其次，法官们适用法理需要论证。即使某项法理具有融贯性，如果要将其适用于司法裁判中，法官应该具体地阐明该项法理的内涵，并且清晰展示该法理得出的过程。再次，法官们可以依据多样的契约法理予以裁判，但是不宜直接使用“契约法理”一词，可以根据当时解释法条、论证法条的具体依据，用通说、立法目的、法律之本意、法律原则等词语进行分别阐释，以实现裁判文书用语的严谨和准确。

Abstract: Contract Fali can be divided into three types: theoretical sources , basic principles and legal doctrines according to the different levels of abstraction. There are coherence and consistency among the three levels of contract Fali , which together constitute a legal system from abstract to concrete recognized by the positive contract law in China. On contract Fali as theoretical sources , the majority of Chinese scholars agree with moderate deontology. On contract Fali as basic principles , we can summarize the following principle system: the priority of contract freedom , the balance of contract fairness , and the dependence of contract effectiveness. The doctrines of contract law are the dominant principle behind specific contract rules , and they can link basic principles and contract rules , make the principle of contract concrete , and embody the values of contract rules.

Key Words: Contract Fali; System; Theoretical Sources; Basic Principles; Doctrines of Contract Law

[责任编辑：乔楠]

方式。迄今为止,立法机关已经连续颁布了9个刑法修正案。

以刑法修正案方式进行立法,体现的是法典中心主义。它表明专家的意见和知识结构对于立法的重大影响。但是,在理论上围绕是否坚持法典中心主义的问题上存在很大争议。坚持法典化的学者是在科学理性的基础上提出立法的时代使命,在他们看来,法典化是立法体系化和科学化的必要要求,而且“中国刑法体系的规范化、统一化和科学化程度都将得到进一步提升”,“而在中国法律体系尚未完备、完善之前,中国刑法的法典化也是促进中国刑法体系改革、推动刑事法治建设和提升现代法治水平的重要途径”。^①毋庸讳言,这种单一法典化的知识路径,“一定程度上也是大陆法系传统的法治思想和形式理性精神影响的结果”^②。但是,反对的观点主张应当根据刑法立法的内容及社会需要合理选择刑事立法形式,要充分发挥刑法典、单行刑法以及附属刑法等不同形式的刑法各自的优点,扬长避短,建构刑法规范的体系。^③目前,尚无迹象表明立法机关会适度选择单行刑法或者附属刑法的立法形式,这并不意味着单行刑法和附属刑法已经丧失其现实价值和意义。事实上,它和当前立法中的学术话语权有很大关系。可喜的是,当今天的学者讨论究竟是坚持法典化还是坚持非法典化这个问题时,他们可以完全以一种科学的态度展开相关讨论,而不必过多顾忌科学之外的因素。随着法律学人对法律全球化运动和法律现代化进步之认识的不断深入,我们肯定会注意到立法理性的局限性以及单一刑法典与法律多样化之间的矛盾,单一刑法典与社会发展的协调难处。也就是说,随着刑法立法知识路径依赖的变化,刑法立法将采取多样化,即刑法典、单行刑法与附属刑法都将成为刑法立法的重要形式。

概念思维与类型思维: 刑法立法形式的抉择*

资琳(中南财经政法大学法学院)

“中国法制的现代化离不开法律职业者思维方式的现代化,法律职业者思维方式的现代化的核心是形成法律思维。”^④在法律现代化的道路上,法律人将类型思维视为一种不同于概念思维的现代思维方法。但是,类型化思维与法律内容的完善没有得到正视。除此之外,类型化思维与立法形式也有内在关系。为了说明各种关联,本文根据类型化思维的一般特征,以刑法立法为样本,阐述类型化思维对刑法立法形式所产生的影响,并在此基础上探讨我国对刑法立法形式的抉择。

一、概念思维的基本特征及其对立法的影响

在某种意义上,现代立法是在概念思维的基础上展开的。概念思维是大陆法系法律人普遍重视并且较为擅长的方法。首先,在立法过程中,为了充分体现形而上的特质,立法者往往有意或者无意地采纳一种和日常话语系统不太一致的学术话语系统,这套话语系统在很大程度上是建立在概念的基础之上的;其次,在法学研究和教育中,为了实现教义法学的规训意义,法学工作者也往往倾向于适用那套基于立法的、和日常话语不一致的话语系统,同时为了凸显学术在法律建制中的独立地位,还用一些更为理论的概念为基础建构法学体系。

* [基金项目] 国家社会科学基金项目《我国裁判文书制度的法理检视与体系重构研究》。

① 赵秉志《当代中国刑法法典化研究》,《法学研究》2014年第6期。

② 刘之雄《单一法典化的刑法立法模式反思》,《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2009年第1期。

③ 刘之雄《单一法典化的刑法立法模式反思》,《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2009年第1期。

④ 杨建军《原始思维、经验思维和逻辑思维——对法律事实认定思维类型历史变迁的考察》,《法律科学》2008年第4期。

概念思维有如下几个特征:第一,它是一种在彼此之间截然对立的思维;第二,它是一种致力于形而上的思维;第三,它是一种重视形式的思维。^①因此概念思维对立法的影响是非常显著的。例如在现代刑法立法中,刑法总则的规定可谓概念思维的典型代表。基于对形而上问题的思考,立法者不断从个罪中总结出具有普遍指导意义的规则,从而在刑法中发展出了所谓总则的概念及其体系。它具体表现为:

第一 构成要件的行为。由于人们意识到“对思想不得处罚”,因此提出了“没有行为就没有犯罪,没有行为就没有刑罚”这一近乎公理的刑法原理。所以在刑法中所有的犯罪必须表现出行为的属性。在现代刑法体系中,行为获得了作为元素和基础的核心地位,用意大利学者的说法,人们希望行为具有“放之四海”而皆准的统一性功能。^②正是因为这种意识,导致刑法理论上围绕行为为本质产生了很多争议,从争议中可以看出,分歧主要在于采用哪种观点能够以最明确的方式最大限度地涵盖不作为和过失行为。在刑法立法中,德国等国刑法明确刑法规制的对象就是行为。

第二 刑法中的因果关系。尽管因果关系不是所有犯罪必须考量的因素,但是,在刑法学者看来,因果关系对于结果犯是必须考察的内容。以往,因果关系问题只是在诸如杀人罪这样的个别犯罪中才受到肯定,但是,19世纪中后期起,擅长形而上思维的德国刑法学家将其作为一个基本问题对待。^③在刑法立法中,虽然很少有国家专门规定因果关系,但是,在立法意识中,因果关系与犯罪的未完成形态密切相关。

第三 构成要件的故意和过失。构成要件的故意或者过失是大陆法系刑法中最基本的两种犯罪心理态度。除此之外,别无其他。但要注意到,这两个概念也是在个罪的基础上发展起来的,在意大利甚至将它们提升为宪法上的罪过原则。

第四 共同犯罪与未完成形态。在绝大部分国家的刑法中,都将共同犯罪与未完成形态作为一种修正的犯罪形态规定下来,因为在具体的犯罪之外,很多犯罪还存在共同犯罪和未完成形态。将它们作为基本规定是概念思维的产物。

以总则的概念体系为基础,大陆法系国家大多都编撰了刑法典。可以说,法典化是概念思维在刑法立法中发展的极致,因为法典最具有统一性和全面性,人们坚持法典化的逻辑在于,法典化可以提供最全面、基本的法律规范。概念思维的哲学基础实质上是笛卡儿式的唯理论建构主义,这类思潮认定:人类的文明乃是人之理性的产物。^④人的理性能预见一切情势可能发生的结果,人的理性为自己立法。因而建构主义者认为,人类的理性可以建构一个完美无缺的法律体系,从而在立法上,建构主义崇尚建构单一化的无所不包的法典。概念思维指导下的刑事立法也就相应选择单一的法典形式。

二、类型思维影响下的刑法立法形式

刑法典试图通过抽象概念建构出若干个不法类型,但由于人类语言及理性的局限性,立法完全将生活类型予以概念化是不可能达到的。当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以体现某些生活意义的多样性时,就需要补助的思考方式——“类型”。^⑤

类型化思维是一种开放的、整体性的、评价性的思维方式。第一,类型思维并不是如同概念思维那样是非此即彼式的,而是或多或少式的。例如,一个行为是盗窃还是抢劫是概念性思考,但是

① 杜宇《类型思维的兴起与刑法上之展开路径》,《中山大学法律评论》2014年第3期,第150页。

② [意]杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译《意大利刑法学原理》,北京:法律出版社1998年版,第107页。

③ 童德华《外国刑法导论》,北京:中国法制出版社2010年版,第96页。

④ [英]哈耶克《理性主义的种类》,[英]哈耶克著,邓正来选编译《哈耶克论文集》,北京:首都经济贸易大学出版社2001年版,第206页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨著,陈爱娥译《法学方法论》,北京:商务印书馆2005年版,第337页。

评价一个行为是更符合盗窃的本质属性还是更符合抢劫的本质属性却是类型化思考。因为, 类型的边界是开放、流动的, “经由不同的强调重点的移动即特征的变化, 它便转向另一种类型”^①。第二, 类型化思维是一种整体式思维, 类型的构成要素是以意义为中心而联系在一起的, 因此, 对于类型意义的探求和理解必须从整体出发, 透过各组成要素之间相互的补充和限制来加以确定。第三, 类型化思维本质而言就是一种评价式思维, 类型的意义性建构了类型的整体图像, 故当我们对某一对象进行类型归属时, 必须进行价值判断以确定该对象与所要归属的类型是否具有相同的意义。

通过对类型思维属性的阐述, 我们可以得出, 概念思维和类型思维的区别不在于是否有分类, 而在于分类的标准是否是流动的, 是否是以意义和价值判断为中心的。明确了这一点, 我们会发现在刑法领域, 对类型思维作用的某些观点未必准确。如有学者认为在类型思维对刑事立法的作用方面, 构成要件作为不法类型, 是类型化之“非价的生活事实”^②。这种观点值得商榷。理由有三: 其一, 构成要件主要是法教义学的产物, 它难以在立法上显现自身的地位; 其二, 类型思维不仅具有完善刑法实质内容的意义, 而且对于刑法形式的选择有一定价值; 其三, 类型思维在作用并不在于对生活事实进行分类, 而是在于通过分类标准的流动性、开放性, 使得生活事实因为社会评价的变迁而纳入不同的类别或者可以将新的生活事实纳入既有类别中, 从而使得刑法规范具有了更强的适应性。

在类型化思维的影响下, 刑法的立法形式也会有所不同。类型思维的开放性、探求“事物本质”^③的特点, 否定了人的理性能创造一切这个论点。类型思维在哲学思潮上是批判性理性主义的体现。批判性理性主义者主张, 在某种程度上说, 理性是一种文明的产物, 这不仅仅是一种理论假设, 而且被“社会人类学所作的调查在越来越多的领域中证明”^④。这就意味着理性不可能创造出一个完美无缺的法律体系, 而是要接受文明所传承下来的价值。单一完备的刑法典在类型化思维看来, 是不可能的。因而在立法形式上, 类型思维会赞同用特别刑法弥补法典的过于宏观和抽象, 对特殊问题特别立法、专门对待, 以弥补人的理性的不足。

三、我国刑法立法形式的选择

迄今为止, 在我国法学界特别是刑法学界, 概念思维仍是主流的法律适用思维模式。^⑤ 所以当前我国盛行的法典化, 和人们所熟知的概念思维有关, 在刑法领域, 罪刑法定原则强化了概念思维下的刑法运作的地位。^⑥ 概念思维的明确性, 固然有益于刑法的安定, 却往往是以牺牲刑法的妥当性为代价, 无法在刑法规范的不变性与犯罪事实的可变性之间寻求合理的平衡。^⑦ 而生活的丰富性远远超乎人们的想象, 它不仅对于刑法立法内容的完整性构成了挑战, 也对刑法立法方式的单一化构成了挑战。

毫无疑问, 我国当前的刑事立法走的仍是一条单一法典化的道路。单一法典化充分体现了概念思维的特质, 因为法典最具全面性和普遍性, 最能反映刑法立法对于规律性问题的把握和客观处理。符合科学立法的标准。^⑧ 这种思路, 导致立法机关采取了一种渐进的法典化立法策略, 即在立法形式上先制定单行法律, 在单行法律相对完备的基础上逐步走法典化的道路。^⑨ 问题在于, 在刑

① [德] 卡尔·拉伦茨著, 陈爱娥译《法学方法论》, 北京: 商务印书馆 2005 年版, 第 345 页。

② 齐文远、苏彩霞《刑法中的类型思维之提倡》, 《法律科学》2010 年第 1 期。

③ 关于类型思维与事物本质之间的关系详细论述请参考 [德] 考夫曼著, 吴从周译《类推与“事物本质”——兼论类型理论》, 台北: 台北学林文化事业有限公司 1999 年版, 第 105—107 页。

④ [英] 哈耶克《理性主义的种类》, [英] 哈耶克著, 邓正来选编译《哈耶克论文集》, 北京: 首都经济贸易大学出版社 2001 年版, 第 207 页。

⑤ 吴学斌《刑法思维之变革: 从概念思维到类型思维》, 《法商研究》2007 年第 6 期。

⑥ 齐文远、苏彩霞《刑法中的类型思维之提倡》, 《法律科学》2010 年第 1 期。

⑦ 杜宇《类型思维的兴起与刑法上之展开路径》, 《中山大学法律评论》2014 年第 3 期, 第 154 页。

⑧ 冯玉军、王柏荣《科学立法的科学性标准探析》, 《中国人民大学学报》2014 年第 1 期。

⑨ 刘松山《国家立法三十年的回顾与展望》, 《中国法学》2009 年第 1 期。

法立法道路上,我们是否具备了弃置单行刑法或附属刑法的能力?答案显然是否定的,理由是:第一,我们认识的局限性和社会飞速变化发展的实际情形,表明法典不可能具备全面、有效的规制能力。第二,社会发展中存在的特殊问题、特殊人群、特殊事项,无法用一般化的刑法规定进行规制和调整。第三,特别刑法和普通刑法并非立于对立地位,而是互相作用,有时候普通刑法(刑法典)需要借助特别刑法实现特殊问题,有时候特别刑法会适时被法典化吸收,但吸收的时机、吸收的程度和范围都是值得认真对待的问题。

综上所述,目前我国的刑法立法并不适于走单一法典化的道路。在立法形式上,我国应该借鉴类型思维,倡导多样化的立法形式,给予单行刑法一定的空间,以弥补普通刑法典的不足。同时,在立法内容上适用概念思维推动立法的科学性和体系性,适用类型思维推动立法的现实意义及其实现。

特别刑法及其存在之合理性^{*}

李立丰(吉林大学法学院)

所谓“特别刑法”,本质而言,仍隶属于刑事立法技术范畴。显然,立法技术作为前提,在很大程度上决定了立法的实质合理性。主张风险社会视阈下我国特别刑法存在具有合理性,需要回答两个问题,首先,当前,我国刑法语境下的“特别刑法”是否存在?如果存在,其概念与特征应作何理解?其存在的意义,又是什么?

一、当前我国特别刑法概念之合理厘定

我国颁行1979年刑法典后,曾制定过多部单行刑法,还在很多行政、经济法律中附加有关刑事责任的条款,一般而言,将这种于刑法典之外设定刑事责任的法律条文,称为“特别刑法”。据不完全统计,我国曾先后通过过二十余部单行刑法,在一百余部非刑事法律中附设刑事条款。^①这些特别刑法体例不一,存在明显的“有罪类推”倾向。

有鉴于此,1997年我国刑法修改时,特别废除了之前遭人诟病的类推规定,确立了罪刑法定原则。但这并不意味着特别刑法同时被宣告了死刑。事实上,即使自1999年刑法修正案首次出现并已然成为刑法修正的主导模式,我国目前依然存在以全国人大常委会决定形式存在的特别刑法。^②这一事实,意味着对于当前我国特别刑法的研究的事实前提,得以确立。

那么,当前我国的特别刑法概念,又该如何作解呢?

从我国刑法学界的有关论述来看,“特别刑法”这一提法,一般出现在探讨法条竞合等罪数问题、分析表述刑法种类时或研讨刑与非刑问题等三种语境之中。^③其实,这三种语境具有内在共通性。立法语境下的特别刑法是前提,不仅会导致刑法典之外的部门法分析,更为罪数形态问题提供解决依据。

* [基金项目] 国家社会科学基金青年项目《我国死刑案件审理过程中民意的拟制与导入机制研究》(项目编号:13CFX060); 吉林大学廉政建设专项课题《现阶段党的纪检监察工作规范化研究》(项目编号:2015LZY039)。

① 高铭暄、马克昌主编《刑法学》北京:北京大学出版社2007年版,第11页。

② 虽然存在不同观点,但基本上可以确定,目前生效的特别刑法,包括1998年12月29日《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》;1999年10月30日《全国人大常委会关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》;2000年12月28日《全国人大常委会关于维护互联网安全的决定》,以及2011年10月29日《全国人大常委会关于加强反恐怖工作有关问题的决定》等四项。

③ 宣炳昭《试论特别刑法的概念及其界定》,《甘肃政法学院学报》1994年第1期。

政府信息公开的宪法逻辑

秦小建*

内容提要 现行政府信息公开制度赖以建构的“知情权——政府信息公开义务”逻辑,先验地接受了“知情权是人权”与“政府信息公开义务是知情权实现的手段”的预设,混淆了作为主权者的“人民”与作为政府治理相对方的“公民”,因而也混淆了有关宪法体制组织和运行的“人民——人大——政府”之主权逻辑与“政府——公民”之治理逻辑,将政府信息公开制度从宪法体制中割裂开去。其后果是,既将依附于人大体制的宪法监督消解于无形,也由于与作为正当性来源的主权逻辑的断裂而陷入合法性危机。并且,它曲解了公众参与在宪法逻辑中的应有定位,使其脱离乃至僭越了政府治理的正常逻辑,不仅浪费了大量行政资源,还冲淡了基于直接利害关联的公民信息公开诉求。有鉴于此,政府信息公开应当回归宪法主权逻辑与治理逻辑的二元结构,对应进行制度化构造。

关键词 知情权 政府信息公开 主权逻辑 治理逻辑

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2016.03.002

一、引言:知情权的虚假繁荣

《政府信息公开条例》(下称《条例》)施行多年以来,在权利启蒙、公民精神培养与政府自我规约等方面取得显著效果。但客观来讲,理念的进步远超制度效果的提升,二者尚未形成协调推进的良性互动关系。观察近年来的政府信息公开实践,似乎陷入一种尴尬境地:政府(狭义的“政府”,即行政机关,下同)高调积极地推进,公众充满极高的期待,媒体亦频繁聚焦,但各方始终没有找到契合点,制度实施效果也难孚人意。一个颇有意思的现象是,有关公开标准与范围、公开主动性和明确性、公开的后续处理等质疑,如影随形般地伴随着每一次公开实践。是政府的真诚不足,抑或是公众的期望过高,究竟何种原因导致如此?

促使笔者深入思考的,是2012年发生的三峡大学学生向陕西省财政厅申请“微笑”局长杨达才2011年度工资公开一事。此事引发媒体高度关注,其后一段时间,包括大

* 中南财经政法大学副教授,法学博士。本文为国家社科基金重大项目(项目批准号:14DC027)和中南财经政法大学中央基本科研业务经费支持项目的阶段性研究成果。本文写作获得刘茂林教授、王旭副教授、陈明辉博士的启发和帮助,谨致谢忱。

学生、记者、律师在内的公众频繁申请公开“表叔”、“表哥”、“房叔”等涉嫌腐败的公务员的工资,一时蔚然成风。在喧闹中观之,总觉得有颇为不妥之处:是否仅仅凭借其中中华人民共和国的“公民”身份,就可不论行政区划、不论级别、不问事由,向中华人民共和国境内的任何级别政府、任何部门乃至任何公务员申请任何信息的公开?

而在《最高人民法院公报》2015年第11期刊载的“陆红霞诉南通市发改委政府信息公开答复案”中,陆某家人一年内以五花八门的理由向多个部门提起了至少94次信息公开申请,其后又提出39次行政复议、36次行政诉讼。^①而这一情形在现实中并不少见,申请政府信息公开在实践中被视为一种有效策略,且具有强大的道义力量,因而事实上成为公民重要的维权手段而不断被强化。为何同一性质的行为,前者被赞为“公民精神的典范”,后者却被指责为“权利的无端滥用”?前者无个人利益诉求、后者是为谋取私利的理由显然说不通,因为,任何制度均以公民权利为目标,以制度允许的方式谋取私利无可厚非。这两个事例看似臧否两端,实则内在一致,即,《条例》关于政府信息公开的制度设计,已然发生异化,只不过异化的具体表现不同而已。

梳理细究,大体有如下三点疑惑:

(一) 是否只要具有“公民”身份,就可任意申请信息公开

这在《条例》中似有可能。依《条例》第13条,公民等根据自身生产、生活和科研的特殊需要,可向任何政府部门申请获取信息。《条例》没有延续行政立法中相对较为成熟的“利害关系”,而首创“特殊需要”。究其立法原意,如果使用“利害关系”,就意味着公民仅能就与其存在“利害关系”的行政行为提出申请,这无疑限缩了公民的申请范围,显然不符合《条例》第1条彰显的扩大公民知情权、促进政府透明度的立法精神。相反,由于“特殊需要”界定相对宽泛和模糊,申请人易于证明,因而实际无法限定申请主体资格。而且,《条例》第20条规定的公民等提交的申请材料中,并无说明其与申请公开的信息之间的“特殊需要”之要求。在制度设计上,《条例》也未设置诸如受案范围、时效限制、地域管辖、级别管辖等旨在规范公民请求权行使的制度。实践中,多数部门倾向于不设限制。^②这既是基于道义压力,亦是扩大公民知情权的必要之举。当然也有少数部门要求将申请用途和目的作为受理和公开与否的前提,但该限制无疑违反《条例》相关规定,属法外增加负担的不当限制。^③因而,在《条例》看来,只要公民提出申请,政府就应受理。

这一模式,似乎与国际通行的公民普遍享有信息自由的理念和制度相契合,^④从理论上似乎也是顺应人民主权的应然之举,对公民而言也是一种高度负责的态度,但却潜含隐忧。可以看到,在相似的“政府—公民”关系处理上,如行政诉讼、行政复议、信访

^① 参见《最高人民法院公报》2015年第11期;具体报道参见蓝天彬《南通父女以“生活需要”为由提94次政府信息公开申请》,载凤凰网: http://news.ifeng.com/a/20150302/43250545_0.shtml,最后访问时间:2016年4月13日。

^② 参见《中国行政透明度观察报告2010-2011》,法律出版社2012年版,第18页。

^③ 参见吕艳滨《政府信息公开制度实施状况——基于政府透明度测评的实证分析》,载《清华法学》2014年第3期。

^④ 参见[日]盐野宏《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第217页。

等,均在立法层面设置有包括受案范围、时效限制、地域管辖、级别管辖等旨在规范公民请求权行使的制度。这些制度设置的本意是,公共资源是有限的,因此有必要设置一些限制条件和引导规范,一方面可将那些明显不适当的诉求排除在外,另一方面则可引导公民诉求进入正确的处理渠道,防止公共资源的浪费与错位。

实践证明,《条例》的这一不设限模式必然会造成公共资源的浪费,进而降损整体制度的效能。在公民的申请中,掺杂着为数不少的因公民自身原因造成的不明确申请、错误申请,乃至随心所欲式的无意义申请、纯粹“闹眼球”式和“无理取闹”式的无序申请。笔者以2012年—2015年《政府信息公开工作年度报告汇总》中的北京、上海、天津三地数据作为样本,发现“申请信息不存在”、“申请内容不明确”、“申请部门错误”、“重复申请”等不适当申请和“非政府信息”、“告知通过其他途径办理”、“不属于本行政机关公开”错误申请,数量颇为惊人,三地平均占比分别为50.07%、38.9%和36.37%。^⑤如果在受理环节通过诸如受案范围、管辖之类的常见制度设计来甄别、规范和引导公民的申请,自然无须再将宝贵的资源浪费在那些明显不适当的申请之上,也可有的放矢地集中资源处理合理有节的申请,促进行政资源的合理配置。

(二)在道义上满足公民心理的不设限模式,尽管不那么符合效率原则,是否会如公民所愿得享信息自由

公民可不受限制地向政府申请信息公开,并不意味着其知情权就得到保障。从既有的大多数处理结果来看,公民享有不受限制的信息公开申请权,但大多难以得到满意的结果。政府虽负有严格的信息公开义务,却可轻易以各种理由规避。其中,《条例》第14条的例外事项、第8条的“三安全一稳定”条款、《国务院关于做好政府信息依申请公开工作的意见》中的“内部管理信息”,是最为主要的拒绝理由。由于相关规定对上述事项尚无明确清晰的界定,加之缺乏必要的认定程序,政府就获得了较大的裁量空间,上述事项自然成为了冠冕堂皇的“挡箭牌”。

与此同时,一个让人难以接受的事实是,即使申请者本人,在申请之初恐怕也不抱有乐观态度。在三峡大学学生申请杨达才工资公开一案中,申请人“早就料到被拒结果,只是没想到拒绝理由这么简单”^⑥。难道,饱含公众期待、投入巨大资源的政府信息公开,效果预期果真如此不堪众望?

表面繁荣的知情权,渐渐沦为“泡沫”;看似严格的政府信息公开义务,轻易化为“虚无”。这一尴尬境地,非但达不成公民监督政府的初衷,反而还会给公民造成一种虚假感,从而进一步消损本已脆弱的政府公信力。在被抬高的公众期待与现实效果的高度落差中,公众原先被激发的热情慢慢退却,政府信息公开工作日益承受指责,被寄予厚望的政府信息公开在部分地区开始异化为自我标榜的政绩工程,政府最初的那份真诚

^⑤ 参见国务院《政府信息公开工作年度报告汇总》(2012-2015),载中国政府网:<http://www.gov.cn/index.htm>,最后访问时间:2016年4月13日。

^⑥ 《申请公开杨达才工资学生:早就料到被拒结果》,载网易:<http://news.163.com/12/0921/07/8BTL7S720001124J.html>,最后访问时间:2015年12月16日。

亦随之流逝,乃至反遭“作秀”之质疑。

(三) 面对这一境地,在舆论指责之余,有无有效的制度化规约举措

《条例》第33条设置了举报、行政复议和行政诉讼三大监督和保障机制。就依申请的政府信息公开而言,《条例》将依申请公开视为具体行政行为,赋予其申请复议和提起诉讼资格。但在司法实践中,从已经发生的政府信息公开争议来看,法院判决支持原告的情况较少,裁判结果以“裁定驳回起诉”居多,行政诉讼救济的实效相对不足。北京市高级人民法院行政审判庭发布的《北京市审理政府信息公开案件疑难法律问题调研报告》关于北京市一审法院审理政府信息公开案件原告胜诉率仅13.3%的数据说明了这一点。^⑦

其实,当我们面对政府“傲慢”的拒绝,在诉诸行政复议、行政诉讼的同时,往往忽视了一把时刻悬在政府头上的“达摩克利斯之剑”——这是在宪法体制中担当核心角色,政府需向其负责、受其监督的人民代表大会(简略起见,以下简称“人大”,即笼统意义上的包括人民代表大会及其常委会、人大代表等)。《监督法》专章规定专项工作报告制度,并设置询问与质询机制,其意明显指向政府的信息公开。整部《条例》通篇未提及与人大体制的关联,而公众竟也是对人大彻头彻尾的忽视。确实,人大面临个案监督的限制,不宜介入依申请公开的具体行政行为。但令人玩味的是,政府信息的主动公开中,亦难觅人大身影。当然,人大并非需要全盘介入任何政府信息公开。人大在何种条件下介入,取决于宪法关于人大、政府与公民的关系设定,其中蕴涵深刻的宪法体制组织和运行逻辑。可以肯定的是,当下政府信息公开制度的设计,在很大程度上漠视了此种逻辑,甚至与其相悖,致使问题不断。

在宪法体制的组织和运行逻辑下,政府信息公开从来不是一个单维度的“政府——公民”关系所能涵括。一个很明显的事实是,公开义务并非只由政府一方承担,政府也并非只需向公民一方公开信息,而政府公开信息的行为也并非只接受法院的监督和审查。即使在政府内部,也存在着作为过程性信息、政策依据类信息、公共服务类信息、内部管理信息、执法信息等不同类型的信息公开,其行为属性、法律后果和责任分配等均存在根本性的不同。^⑧若对此不加区分,则难以明确信息本身的属性及其与政府行为的关联程度,使得是否公开的利益衡量失去最重要的判断基准。而这一区分必须立足于政府行为的主体关系及背后的宪法体制的组织和运行逻辑。有鉴于此,本文拟从宪法体制的组织和运行逻辑及政府在其中的定位这一角度,检视当下政府信息公开实践陷入的困境,并根据这一宪法逻辑,厘清政府信息公开在不同逻辑环节的制度模式。

^⑦ 参见北京市高级人民法院行政审判庭《北京市审理政府信息公开案件疑难法律问题调研报告》,载李林、田禾主编:《中国地方法治发展报告(2014)》,社会科学文献出版社2015年版,第121页。

^⑧ 参见段国华、后向东《政府信息公开:成效可观、未来可期》,载《中国行政管理》2014年第6期。

二、主权逻辑与治理逻辑

《条例》立足于“公民知情权——政府信息公开义务”的逻辑架构,具体建构思路包括五个环节:1.知情权是人权,应受保护;2.知情权的实现,依赖于政府的信息公开义务;3.政府的信息公开包括主动公开与依申请公开;4.基于公共利益衡量,某些与公共利益相关的信息可以不予公开;5.应当公开而未公开或公开不当的,应当追究相关责任。

作为《条例》的基础,“公民知情权——政府信息公开义务”的架构先验地接受了“知情权是人权”与“政府信息公开义务是知情权实现的手段”的前在预设,未加必要的理论论证,也未深刻领会其中所蕴含的宪法逻辑,自然无法体悟到这一逻辑下政府信息公开制度的重大宪法功能,从而将政府信息公开制度简单视为一种以公开促进政府自我规约的制度安排,一定程度上阻却了与宪法体制其他环节的沟通互动。这一功能认知的降格,误导了现行政府信息公开制度的整体设计思路。

一个看似不证自明的真理是,知情权是人民主权的应有之义,当然是人权,无须过多论证。其实,所有权利都是人民主权的表达,上述话语非但不能揭示知情权的专属价值,还使得知情权沦为一种既无规范逻辑亦无实践意义的空泛宣示话语,无助于明确知情权的实现逻辑。在现行宪法文本中,知情权并无明确的宪法规范依据。但是,在权利属性上,知情权与公民政治权利有颇多相通之处。可以说,知情权是实现公民选举权、表达自由和监督权的前提保障。三种政治权利分别从构成、参与和监督三个维度建构宪法体制的组织框架,并作为动力资源促进宪法体制的动态改善和良性运行。在这个意义上,知情权的功能和价值就不言而喻,其规范内涵亦在政治权利的体系逻辑及由政治权利串联起来的宪法体制的组织和运行逻辑下得以清晰展现。这亦是知情权作为人权的规范逻辑,也是知情权实现的路径限定。《条例》以知情权导入公民政治权利(尤其是监督权)来规范自身运作,就架构起政府与政治权利所维系的宪法体制的沟通桥梁。但如果仅将其限于政府行政内部,且由政府自己掌握公开与否的主导判断权,势必实质性地构成对公民政治权利的不当限制,也阻断了经由知情权和监督权推动的从政府内部监督向公众监督和人大监督的动态转化,致使整体宪法体制的运行陷入停滞。因而,如果不能将知情权作为政治权利的属性及其强烈彰显的政治权利体系逻辑与宪法体制的组织和运行逻辑有机对接,知情权的宪法功能将遭到减损,并殃及宪法体制的良性运行。

另一方面,将政府信息公开义务作为知情权实现手段的误解,源于“公民权利——国家义务”的经典框架。现代权利理论适应行政国家趋势,超越了消极权利和积极权利的二分法,主张任何权利的实现均仰赖国家义务的履行。对应不同的权利类型,国家义

务大体可区分为“尊重——保护——实现(给付)”三层次。^⑨但这一理论恪守呆板的权利类型划分,忽视了权利的交互性及由此导致的权利冲突,自然无法解释也无谓化解为实现不同权利的各种国家义务间的彼此冲突。在信息公开领域,公民知情权与公共利益(国家秘密)及第三方权利(个人隐私)交互存在,并发生持续性的冲突。由此决定了知情权保障所对应的“公开”与公共利益保护和第三方隐私权保护所对应的“不公开”亦持续性地处于冲突之中。而上述关于国家义务的笼统界定,显然不足以回应公开与否的利益衡量难题,而“公开为原则、不公开为例外”的限制性框架,又无法转化为对作为利益衡量主体的政府自利倾向的有效制度约束,由此导致实践中偏向例外事项不公开的知情权保障不力困境。

上述困境的根源在于,将公民知情权所对应的“国家”义务,狭隘地理解成“政府”的公开义务。这一误解,肇源于对“国家”的抽象认知,从而将具有高识别度和强存在感的“政府”简单地视为“国家”的代言人。实际上,国家非抽象的国家,而是各个国家机构所构成的宪法体制。宪法体制内在的组织和运行逻辑对应于对公民权利的尊重、保护与实现的整体需要和实现逻辑。^⑩因此,所谓国家义务,是依托于宪法体制的国家机构职权配置原理,由各国家机构在其职权范围内承担的诸义务所构成的结构体系;国家机构所承担的国家义务的区别,取决于该国家机构在宪法体制的整体逻辑下与公民的关系。

就此而言,政府的信息公开义务是作为体系存在的信息公开国家义务的系统一环。政府公开义务与包括代议机关和司法机关在内的其他国家机构的义务,共同构成关于信息公开的国家义务体系。“公开为原则、不公开为例外”的限制性框架,只有置于宪法体制的组织和运行逻辑中,结合各个国家机构与公民的关系进行具体化的理解。否则,这一原则及对应的政府公开义务就是空洞的,空洞的原则当然无法约束政府。质言之,宪法体制的组织和运行逻辑,决定了信息公开国家义务的具体类型和体系结构。^⑪只有在此视野下,才可领会以公民知情权为基础的政府信息公开制度所具有的重大宪法功能,而不是局限于一种以公开促进自我规约的狭窄认知。

由此有必要审视我国宪法体制的组织和运行逻辑。这一逻辑是依据《宪法》第2条、第3条、第三章的规定提炼出来的规范表达,大体表述如下:人民选举代表组成人民代表大会,人民代表大会是国家权力机关,产生国家机构,国家机构履行宪法赋予的职权,与作为具体个体的公民发生法律关系。以公式描述,可表达为“人民——人民代表

^⑨ 参见[挪威]A.艾德《作为人权的经济、社会和文化权利》,载A.艾德等主编《经济、社会和文化权利》,黄列译,中国社会科学出版社2003年版,第22-23页。

^⑩ 参见刘茂林《宪法秩序作为中国宪法学范畴的证成及意义》,载《中国法学》2009年第4期。

^⑪ 在这个意义上,抽象的国家义务层次区分理论,因为没有关注到宪法体制内部国家机构之间的职权关系,自然也就遮蔽了各国宪法体制的差异及由此带来的具体义务履行方式的差异,因而只能是一种抽象的普适性。就此而言,比较法意义上的政府信息公开的制度比较、借鉴和移植,如果不能深入到宪法体制的运作逻辑,其意义是值得怀疑的。这也是简单借鉴西方普遍获得信息自由模式所面临的一个反思向度。

大会——国家机构(行政机关、审判机关、检察机关) ——公民”。“人民——人民代表大会——国家机构(行政机关、审判机关、检察机关) ”是主权逻辑的彰显,“国家机构(行政机关、审判机关、检察机关) ——公民”是治理逻辑的体现。二者耦合成我国宪法实施的两个互动层次: 其一, 基于人民主权, 作为主权者的人民选举产生权力机关, 产生国家机构, 并制定法律, 从而组织和规范国家的整体运行。主权逻辑构造了国家的主权结构, 这一主权结构, 既保证主权权威的恒在, 又以制度化的方式抑制主权者出场所不可避免的无序和激情。^⑫ 其二, 包括行政机关、审判机关、检察机关等在内的国家机构在主权逻辑构建的宪法体制中各司其职, 遵守和适用法律, 以强制性的权力为保障, 通过授予权利、赋予义务具体调整个体公民之间、个体公民与国家机构之间产生的法律关系。^⑬ 所谓治理逻辑, 在很大程度上是通过法律的宪法实施, 即由人大产生的国家机构遵守和适用人大制定的法律, 以实现人民意志。在治理逻辑下, 主权者意义上的“人民”整体隐退, 个体意义的“公民”出场, 在特定条件下聚合为“公众”。只有在特定的“宪法时刻”, 如作为定期民意测评的选举, 和公民因治理逻辑失效进入人大环节, 启动基于“人大——国家机构”关系的宪法监督(或人大顺应民意主动启动宪法监督), 个体意义的“公民”经由人大回归主权者意义的“人民”, 从治理逻辑进入主权逻辑, 借助于主权权威促进治理调整。^⑭ 一言以蔽之, 主权逻辑为治理逻辑输送正当性, 治理逻辑为主权逻辑实现价值理性。这一宪法逻辑结构如图一所示。



图一 宪法逻辑结构图

在上述宪法逻辑中, 政府承担的信息公开义务可对应分解为两个层次: 一是在“人

^⑫ 当代中国的主权逻辑涉及国家治理体系与执政党及其领导的群众路线、政治协商进行结构性的主权整合问题, 即中国人民在中国共产党的领导下如何凝聚人民意志, 以及如何将人民意志转换为国家意志的过程, 本文主题所限, 不对此展开深入论证。在这个意义上, 本文所谈的“主权逻辑”, 实际是将常规政治之外的主权行为切割出去, 仅讨论经由人大制度展现的常规主权运行。

^⑬ 宪法这一二元逻辑的本质追问是, 作为主权者的人民通过何种形式实现人民主权。近现代宪法理论一般延循代议制的逻辑构造, 即作为主权者的人民通过委任代表组成代议机构行使国家权力, 由此形成主权意义上的“人民——代议机构”关系与统治(本文倾向于使用更为客观的“治理”) 意义的代议机构所实施的统治行为, 即“政府——公民”关系。这一二元逻辑在近现代思想史上可谓源远流长, 一般模式由洛克在《政府论》和密尔在《代议制政府》中建构。不过, 卢梭有关“主权者——政府——臣民”结构, 以及西耶斯在卢梭基础上对卢梭的反思和进一步发展的代表制构造, 也极具启发意义。

^⑭ 主权逻辑与治理逻辑的转化, 是这一二元逻辑的枢纽, 亦是各思想流派的思想立足点与立场的浓缩。

民——人大——政府”的主权逻辑下,政府由人大产生,对人大负责,向人大报告工作,据此,政府应当向人大主动报告信息,而人大作为人民意志的代议机构,有权代表人民要求政府公开社会大众所普遍关注的信息。二是在“政府——公民”的治理逻辑下,政府因职权行使与公民形成行政法关系,公民的权利义务因此受到影响,行政行为与公民个体之间产生直接或间接的利害关系,此时,遵循行政行为的合法性要求,有关行政行为的信息,应当向公民公开,公民亦有权向行政机关申请公开。依据宪法体制的职权配置关系,如果政府公开义务存在偏差,那么公民有权向上级政府举报、申请行政复议,并向法院提起行政诉讼。

理解上述两层逻辑的关键在于,作为政治参与者的人,实则具有两种身份,而两种身份分别对应两种逻辑。实践中的混淆多源于对此的忽略。申言之,作为政治参与者的人,一是作为“主权者”的构成,是整体的存在,亦是抽象的存在,在政治运行中一般由代议机构型塑整体,并赋予抽象存在以实际内容;二是作为“被统治者”的具体个人,是具有权利义务关系的丰满个体,其权利义务与政府职权行使密切相关。对应两种身份,在“人民——人大——政府”逻辑关系中,政府向人大报告的信息,是有关公共利益的信息,与具体公民无直接利害关系,公民个体与政府以人大为中介产生关联,公民是作为主权者的“人民”的构成,即我们常说的“公众”;在“政府——公民”逻辑关系中,政府与公民直接关联,且因某一行政行为而对公民个体产生直接利害关系。就此而言,以公民关注公共利益还是个体私益为区分标准,或是公民与政府之间有无直接利害关系为标准,存在两种意义的“公民”及“公民——政府”关系的区分,也就存在两种类型的政府信息公开逻辑。

三、两种逻辑的混淆及其后果

纵观《条例》体例,作为行政机关的政府在信息公开义务上,未遵循其在宪法体制组织和运行逻辑中的职权安排,而且混淆了其在主权逻辑和治理逻辑中的不同定位。之所以如此,是因为《条例》混淆了作为主权者的“人民”与个体意义上的“公民”,将与公共利益关联的“公众”与具有直接利害关系的“公民”混为一谈,因而也混淆了人民主权意义上的“人民——人大——政府”之主权逻辑与基于行政行为的“政府——公民”之治理逻辑。

这一混淆,漠视了“人民——人大——政府”的主权逻辑,忽略了政府与作为权力机关的人大在信息公开领域的职权关系及义务配置,致使现行政府信息公开制度与整体宪法体制相脱节,难以形成制度合力。同时,由于无法受到宪法体制的有效规约,政府的信息公开职权极易僭越宪法体制的职权配置,违反国家机构分工原理。其后果是,既可能因其职权所限而无力满足民众信息需求,也可能因越权而陷入恣意,更可能将蕴含于分工背后的制约和监督消解于无形。

这一混淆,还为本不应在代议政治中直接出场的“人民”提供了巨大的空间,使得“人民”超越人大而直接与政府形成关联,从而与“人民——人大——政府”所蕴含的宪法逻辑相抵牾,致使整个政府信息公开制度陷入异常混乱的地步,非但不能达成初衷,反而还可能造成无尽的恶果。在主权逻辑下,“人民主权”是为论证国家正当性和检验既有国家权力体制的标准,而不可将其以直接民主的形式来作为国家的组织和运行模式。这是因为,作为主权者的“人民”具有强烈的抽象性和虚幻性,一方面,“人民”无从界定,且过于模糊,因而“人民”话语易被代表,加之人民出场后的“广场政治”难以根除的民粹流毒,超越代议制的从“公民”向“人民”的非正常转换,往往形成对秩序的强大冲击;另一方面,在现实生活“人民”以阶层的形式存在,而阶层之间的多元价值分殊和利益争夺,决定了整体意义的“人民”难以有效整合。在现代多元社会和利益分化的背景下,通过代议制进行最大限度的整合,是最为现实的选择。因而,现代意义的“人民”,在宪法体制的组织和运行逻辑中,是由人民代表及其组成的代议机关作为其意志的代表。

在社会抚养费信息公开等热点实例中,常看到民意澎湃而政府无动于衷的一厢情愿。表面看来是政府的“傲慢”,但深层缘由在于,由于缺乏代议制的整合和人民代表的理性过滤,所谓“民意”在“沉默的大多数”的映衬下,本源是少数群体和精英阶层诉诸抽象的“人民”概念所进行的单方面“加工包装”,看上去似乎拥有强大的道义力量,但实则难以将多元认知下的分散民意诉求汇聚成绝大多数所认可的体制性共识,更无法转换成实质性的制度压力,自然难以有效施压政府。与此同时,忽略代议渠道而动辄诉诸主权者的民意号召,常常掺杂着民粹倾向的非理性指责,掷地有声的建设性讨论和诉求主张淹没其间,乃至陷入“沉默的螺旋结构”。加之政府治理(尤其是基层)受制于压力机制而难以保持常规化运作,信息公开底气本就不足,民意回应体制还不健全,正常的民意表达和沟通交流管道由此不断窄化。以主权者身份自居所发出的指责,一旦站在道德制高点上,宽容和理解丧失了土壤,交流和沟通没有了意义,结果被提前预设,本意在于强化沟通的公开不免演化为情绪化的对立。

这一混淆,还干扰影响了治理逻辑下“政府——公民”的知情权实现,而这恰恰是公民需求最为迫切、利益关联也是最为直接的方面。如上所述,治理逻辑下“政府——公民”关系是行政行为对公民权利义务的调整。行政行为内含的信息与公民个人形成直接利害关联,这些信息构成行政行为合法性的内在构成要素。此类信息的公开,本是强制性的,不公开即构成违法行政,甚至影响行政行为的生效,可谓依法行政的合法性底线。然而,由于《条例》对主权逻辑和治理逻辑的混淆,没有意识到不同逻辑下信息所具有的不同性质及其功能,也无法体会到不同性质的信息对不同逻辑下的公民的不同意义,因此没有设置有针对性的制度予以区分。而笼统的公开义务,虽增大了那些没有直接利害关系的公民获取信息的机会,但却降低了有直接利害关系的公民获取相关信息的公开强度,乃至发生错位,冲淡了直接利害关系背后的合法性关联,使得那些关乎

行政行为合法性的信息,得以借助《条例》中有关例外事项不公开的制度管道从容规避。当下土地规划开发项目中涉关公民利益的信息公开不足,很大程度上正是利用此种混淆获得极大的义务豁免空间。

这一混淆,还可解释当下行政诉讼针对政府信息公开的救济实效不足的困境。《条例》通过将依申请公开政府信息的行为定性为具体行政行为,从而将其纳入行政诉讼。然而,在审理过程中,法院并不认可此类行为具有具体行政行为的独立法律效果,通常将依申请公开的行为与申请人请求公开的信息相区分,以信息与原告不具有法律上的利害关系为由,否定原告资格,或者认为政府拒绝公开相关信息未侵犯原告的人身权和财产权。^⑮这一救济不足,并不能归责于法院拒绝承认依申请公开行为作为具体行政行为的独立法律效果。相反,法院的拒绝承认,正是履行宪法体制组织和运行逻辑下对应宪法职权安排的正常行为。具言之,行政诉讼是宪法在治理逻辑下对行政行为合法性进行监督的制度设置,它理所当然地遵循与治理逻辑相对应的以直接利害关系为基础的合法性审查模式。仅仅通过人为的主观定性,就将某个与公民无直接利害关系的行为认定为具体行政行为,实际上等同于将主权逻辑硬性塞入治理逻辑,行政诉讼自然无法接纳。基于“特殊需要”的不设限申请模式和泛化的知情权需要,遭遇了行政诉讼围绕“法律上直接利害关系”的合法性审查框架的抵抗。

由此进一步检讨,将以“特殊需要”为关联的依申请政府信息公开行为定性为具体行政行为,在理论上是否站得住脚?这一定性将知情权视为公民的一项独立需要,却不知知情权之所以构成“需要”,仍取决于公民所要知情的信息对公民的利益满足。权利客体与权利主体需要的满足,正是权利作为利益的实质内涵。作为客体的信息与主体的利益关联,决定了知情权的满足程度和满足方式,也决定了知情权的实现方式。

对应于主权逻辑和治理逻辑的区分,信息对于公民的利益满足有两种类型,因而知情权也有两种性质:一是作为人权的知情权,主体是作为“人民”构成的国家成员,其功能是构成政治权力的价值目标和正当性基础,其实现依赖代议制的宪法体制构造,其实现对接人民主权,立足于“人民主权——代议制”的宪法体制的组织和运行;二是作为法律权利的知情权,主体是对应于具体职权行为的具体公民,其功能是满足公民的人身财产权利诉求,其实现依赖职权行为的合法行使。对接人民主权所谓的“特殊需要”解释到最大化时,几乎可以涵盖任何诉求。^⑯因此,将以特殊需要作为关联的依申请政府信息公开行为定性为具体行政行为,实则混淆了上述两种性质的知情权及其实现逻辑。这种空泛的理解,既无助于稳定作为人权的知情权的确定内涵,抑制其应有功能发挥,又消解了作为法律权利的知情权的实质内涵,使其只剩下空洞的抽象形式。一旦如此,知情权只能成为依靠道义支撑的口号,看上去富有力量,但终究陷入无逻辑的先验,最

^⑮ 参见叶必丰《具体行政行为框架下的政府信息公开——基于已有争议的观察》载《中国法学》2009年第5期。

^⑯ 参见王敬波《政府信息公开中的公共利益衡量》载《中国社会科学》2014年第9期。

终被置于虚幻境地。

综上,作为政府信息公开制度基础的“公民知情权——政府信息公开义务”,其首要含义在于彰显政府信息公开制度的逻辑起点,即保障公民知情权;至于作为制度的运行逻辑,则应区分两种逻辑下的两种意义的“公民”(作为主权者的人民和作为治理相对方的公民)和两个层次的“公民——政府”关系(“人民——人大——政府”关系与“政府——公民”关系),在此基础上按照不同的逻辑构建相应的制度体系,才可理顺当下混乱的政府信息公开实践的思路,指引其现实运行。

四、基于主权逻辑的政府信息公开

在宪法体制的整体设计中,“人民——人大——政府”的主权逻辑,为“政府——公民”的治理逻辑提供正当性,输送公民服从的权威资源。由此构成政府行政的合法化逻辑理路,即诉诸作为民意代表的代议机构,通过遵从代议机关制定的控制行政行为的规则,获得行政活动的合法性。其意义在于,借助于更高层次的权威使行政行为合法化,而且可防止政府官员假公济私、利用政府机器来发泄个人的偏见和情绪。^①在我国宪法体制中,这一合法化逻辑表达为:政府由人大产生,对人大负责,受人大监督。基于主权逻辑的政府信息公开,实则是这一制度化表达在信息公开维度的具体化。

(一) 制度模式

按照“人民——人大——政府”的主权逻辑,政府首先是人大意志的执行机构。作为执行机构,政府不仅应当将行政活动的结果向人大报告,也应当基于对立法规则的遵守,将与结果密切相关的数据、理由及行政过程等信息一并报告。每年度各级人大会议上的政府工作报告制度和《监督法》中规定的人大常委会监督职权行使,均是对应于这一逻辑的制度构造。而政府工作报告通过后需由人大以公告形式发布,《监督法》第7条也规定各级人大常委会行使监督职权的情况应向社会公开。这表明,人大获得政府工作报告信息后,应顺接“人民——人大”之主权关系,向作为主权者的人民公开。此即基于“人民——人大——政府”之宪法逻辑的政府信息公开一般模式。

在这个模式中,人民、人大和政府三方分别起着特定的作用,并以人大为枢纽形成互动耦合的结构状态:政府公开应当选取与公众切身利益相关、应当由公众广泛知晓的信息,这实际上是政府主动响应人民意志的要求;人民意志汇聚需以人大为平台,并经人大整合提炼,由此将道义诉求转换为体制力量;人大以人民意志为导向,评判检验政府的信息报告工作,以此彰显人大权威。在此意义上,《条例》第9-12条规定的政府主动公开,看起来是政府的单向职权行为,但绝不可忽视隐含其中的人大和公众两方对于政府信息公开的有效规导,而这显然符合宪法体制组织和运行逻辑的要求。如果要给

^① 参见[美]理查德·斯图尔特《美国行政法的重构》沈岷译,商务印书馆2011年版,第7-8页。

《条例》的这一做法寻找一个合乎宪法逻辑的解释,那就是,人大在获得政府的相关信息报告后,经检验评判并在政府调整达到要求后,授权政府向社会公众公开。这是公开效率性的体现,但人大的授权应以明确形式作出,政府在信息公开中也应明确表明获得人大授权。

另一方面,在现代行政国家趋势下,政府已不再局限于代议机关意志的执行。尤其在我国客观存在的行政主导模式下,并基于经济改革效率性和政府职能灵活性的要求,政府行政借助于广泛展开的行政立法和决策主导权而获得相对超然的地位。加之社会转型复杂性所致的政策调整及相关历史遗留问题的法律真空,部分领域的政府信息难以自动导入“人大—政府”的应然逻辑。在实践中,政府不主动报告、打折扣报告、应付性报告,乃至拒绝报告等现象,均是这一逻辑缺失的现实表现。有鉴于此,为弥合人大与政府之间的这一逻辑断裂,宪法在“人大—政府”逻辑关系下设置了人大依职权就特定信息要求政府报告机制。这是“人大—政府”逻辑中人大宪法地位的彰显,也是政府与人大的信息对接机制中的重要环节。

在行政法理论上,为回应行政主导的实践转向,关于行政正当性来源的学说,尝试淡化来自于人大通过立法和政府“依法”的所谓“传送带”模式,而试图从公众的民主参与(形式合法性)和满足人民需求(实质合法性)中汲取正当性资源。^⑮不过,这一正当性来源的转换,仍无法超越作为主权权威代表的人大,而只能从框架性的主权授权与具体事务公众对行政主导的参与两相结合的角度,进行正当性基础的适度改造。就此而言,人大依职权就特定信息要求政府报告的机制,彰显了这一新型正当性模式的“张弛之道”。

人大依职权就特定信息要求政府报告机制,由专项工作报告制度和询问质询制度构成,法律依据是《监督法》的第二章和第六章。依据《监督法》第9条的规定,人大要求政府做专项工作报告的信息,主要包括以下六个方面:1. 本级人大常委会在执法检查中发现的突出问题;2. 本级人大代表对政府工作提出的建议、批评和意见集中反映的问题;3. 本级人大常委会组成人员提出的比较集中的问题;4. 本级人大专门委员会、常委会工作机构在调查研究中发现的突出问题;5. 人民来信来访集中反映的问题;6. 社会普遍关注的其他问题。

上述六个路径表明,专项工作报告制度实是人大对“民意”的即时回应,“民意”据此导入宪法体制,从而获得有效的制度支撑。此处的问题是,何种信息构成公众普遍关注的信息(即“民意”),需要经由人大的过滤、筛选及整合。这一过程是必需的,因为代议程序承载着基于民主商谈的公共理性,以此整合多元社会的碎片化和离散化意见,寻求分歧中的最大公约数。大体来讲,我国人大制度对于民意的整合,由如下三个渠道构成:一是在人大会议上提出涉及政府信息报告的相关议案;二是由人大常委会按其工作

^⑮ 参见王锡锌《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》,载《中国法学》2008年第5期。

机制依据社会舆情分析自行判断,这是民主基础上的集中体现;三是人大代表或人大常委会组成人员符合一定的比例和数量,可按照相应工作机制对政府提出信息报告要求。

值得说明的是,由于人大制度尚处于发展完善过程中,经由上述渠道的民意表达常常在社会热点讨论中缺席,以致看似确定无疑的民意无法获得制度认可。这一情形,应当归咎于人大的不作为,构成人大失职。在制度上,针对人大常委会和人代表的履职监督体制,应当适时启动,敦促其积极主动反映民意。而这正是“人民——人大”的逻辑彰显。在这个意义上,公众吁求如果有一部分能够指向作为其意志代表的人大及人大代表职权的行使,那么就获得了来自于宪法体制的强力支撑,以制度力量和人大权威抑制政府的傲慢,其效果显然非一般公众呼吁所能比拟。

(二) 两大功效

基于“人民——人大——政府”宪法逻辑的信息公开模式,由于人大的介入及其功能的发挥,有助于消除既有制度的两个积弊:

一是构造利益衡量的主体结构,压缩政府单向判断模式下的义务规避空间。

《条例》虽将例外事项明确列举,但第8条的“三安全一稳定”条款却额外限制了公开范围,加上政府对于公共利益衡量的漠视态度和消极对待,相关制度并未真正起到调节信息公开范围的作用,客观上造成了制度效果的不佳和公民的不满。有鉴于此,既有思路认为通过清晰界定公共利益消除其模糊性,便可抑制政府恣意。但事实证明这一路径并不可行,2011年颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》曾作此尝试,但依然难以约束以公共利益为名的拆迁乱象。究其缘由,公共利益以动态方式呈现,显然无法以静态标准予以把握;加之转型社会各方利益的复杂纠结,公共利益更难权衡。于是,构造包容性的公共利益衡量标准成为另一思路。^①然而,在价值多元的复杂社会,如果缺乏价值中立的程序约束,实质性的衡量标准再怎么精致,也难免掺入主观价值判断而产生不同程度的异化。同时,政府行政基于自身权力利益需要,天生就有垄断信息、拒斥公开的倾向。在韦伯看来,所谓“职务机密”这个概念,纯粹是官僚制的特殊发明,而且极少有其他的事务受到他们如此热切地拥护。^②既然如此,就迫切需要一种可以制约行政官僚制的权威从外部打破政府的信息垄断。韦伯寄希望于强势的代议制民主,试图利用立宪体制下的“政府对议会负责”的权威控制,并通过严格而富有实效的人民选举选拔和培养领袖,据此对抗和控制具有自闭倾向的行政官僚制。^③代议制本质是各方参与的民主审议机制,价值中立的民主过程是公共利益判断的程序载体,作为执行机构的政府本身无权替代这一民主过程而自行作出公共利益判断。在我国行政主导的语境下,虽然政府的公共利益自主判断已极为必要,但基于主权逻辑下政府向人大负责、受

^① 前引⑩,王敬波文。

^② 参见[德]马克思·韦伯《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第71-72页。

^③ 参见[英]戴维·比瑟姆《马克思·韦伯与现代政治理论》,徐鸿宾等译,浙江人民出版社1989年版,第106-126页。

人大监督的关系,仍需经由来自人大的审视。就此而言,“人大——政府”的主权逻辑,提示了关于公共利益判断的主体程序结构。据此,在基于“人民——人大——政府”主权逻辑的信息公开模式下,政府向人大报告工作,无权以例外事项或“三安全一稳定”理由拒绝公开相关信息。人大是公共利益的最终判断主体,何种信息因涉及公共利益而不宜公开,以及在何种范围内公开,由人大依据民主审议程序作出符合公共利益的判断,政府据此公开。在这一主体程序结构下,政府义务规避的制度管道被堵塞,公共利益亦得到民主审议程序的守护。

二是架构政府与公众间的沟通桥梁,弥合信息公开专业性与公众理解的隔阂。

在“三公”经费公开等实例中,由于涉及财务会计的专业知识,绝大多数公众陷入了账目迷宫中,自然难以满意。舆论习惯于要求政府以尽量多的注释和说明方式提高可理解性,但忽视了专业性政府治理与公众理解之间,本就存在一道不可跨越的专业鸿沟。政府当然会利用这一鸿沟加以掩盖,但我们在通过公开倒逼政府阳光财政时,却不能从一个极端走向另一个极端——如果指望通过填补这道鸿沟使政府无处藏污纳垢,那么,这道鸿沟另一侧所具有的回应当复杂社会的专业治理能力和治理体系,也将因对公众诉求的顺从而一并消失。这种关系,犹如空气之于火——离开了专业治理,政府将碌碌无为;而专业治理却可能成为政府腐败与浪费的遮掩。消除此种两难,还应借助于“人民——人大——政府”主权逻辑下的人大体制安排。严格来讲,依据这一逻辑,政府其实只需向人大阐辩明白,人大再向其所代表的公众公开。相比较个体公民,作为权力机关的人大有足够的能力和资源来支持其从专业性视角来理解政府财政。人大一般下设预算委员会或财经委员会,再不济也可聘请专家查账,或要求政府补充报告和接受询问。由此可见,人大实际是政府与公众间的桥梁,亦是弥合政府专业治理与公众一般理解两难关系的制度架设。这是现代民主的基本逻辑。我们对民主的理解,还没有遵循这一逻辑,因而在以“三公”经费为代表的财政公开陷入了政府高调为之与公众期待巨大落差的困局。所幸的是,新修订的《预算法》对于人大预算审查权的强调,也许是走出这一困局的一次重要契机,亦是以财政民主为牵引的民主政治发展的一次重要契机。

当然,强调人大在政府信息公开的职权发挥,虽符合“人民——人大——政府”的宪法逻辑,但必须直面人大疲软这一现实问题。也许会有质疑认为,人大的原本职权尚未有效发挥,此时又让它担当促进政府信息公开这一重任,是否会导致人大因承受不能承受之重,以致雪上加霜?这一现实问题确实存在。然而,监督政府信息公开本是人大职权应有之义,人大不能以任何理由推脱;而政府信息公开的实践问题,如上文所析,恰恰是人大职权缺位引发的制度逻辑错乱所致。因而,人大在政府信息公开的职权发挥,在应然层面符合宪法逻辑,在实然层面则可彰显人大的宪法地位。当然,人大职权行使,仍需要结构性的人大制度改革支撑,尤其是作为基础的选举制度改革,但无论如何,不可能在人大大善大美后才启动应有职权。上述质疑其实颠倒了因果关系,是人大职权不作为导致人大疲软,而人大疲软只有依靠人大职权行使来克服。因而,上述质疑忽视

最重要的一点,人大监督职权行使反而是完善人大制度的契机。

(三) 一点拓展:重新理解“公众参与”

在这一模式下,与行政行为不具有利害关联的公民,无权向政府申请信息公开,这在某种程度上淡化了公众对政府行政过程的直接参与。那么,随之而来的一个可能质疑便是,这是否排斥了公民对政府行政过程的参与?而公民参与的缺失,将进一步加剧公众的政治冷漠,乃至引发“公地悲剧”,并可能因人大的弱势而使政府系统有机会铸成一个牢固的专业“铁笼”,以理性之名名正言顺地拒斥民主。

应当强调,否认不具有利害关联的公民的信息申请权,并不等于否定公民对政府行政的参与。不具有利害关联的公民申请信息公开,可算公民参与的一种最为直接的方式,但实践证明,这种方式不仅实效不足,反而引发诸多问题。究其原因,这一对公众参与的狭隘理解,曲解了公众参与的实质功能,因而也忽视了其在政府治理逻辑中的应有定位,使其脱离乃至僭越了政府治理的正常逻辑及对应制度框架,最终成为一种浪漫主义的激进方案。政府信息公开中的公众参与当然不能仅凭纯粹的激情,而应更加富有理性。在相关制度方案的设计上,只有正确理解公众参与的功能价值,充分关注公众参与与行政过程的逻辑关联,才能避免误入歧途。

在现代行政体制改革的总体背景下,公众参与是强势代议制民主之外对抗行政官僚制理性铁笼的又一方式,亦是近年来在新公共管理运动背景下兴起的行政体制改造的要义所在。^② 公众参与有机嵌入到行政过程中,既不凌驾其上颐指气使,亦不附随其后亦步亦趋。如萨托利所言,公众参与是微型民主的本质,为上层结构即民主政体,提供了关键的基础结构。^③ 这一结构性的作用并非由公众以主权者身份直接决定政策,因为,无法克服的多元主义、实际存在的社会不平等、共同体范围内的偏见和意识形态,还有社会复杂性所决定的公共事务的高度专业性等残酷现实,无一不是公共协商作为一种实践理想所面临的主要挑战。^④ 公众参与既然很难达成决策共识,那么就要对其有一种清醒的认识,明白它能够以及可以做什么。在现代个体主义社会,从利益迥异的“私人”到具有一定公共性的“公众”^⑤,在普遍意义上很难说是只谈付出的公共精神的驱动。个体利益关联才是“公众”的“黏合剂”。公众基于利益的参与,经由公共讨论的扩展,型构公共领域,作为“国家——社会”的基础结构对行政过程施加影响。它并不以决定决策为目的,而是希望通过汇聚各方意见以形成对行政过程有约束力的公共舆论,^⑥ 以此优化决策的信息基础,在促进决策帕累托最优的同时,亦增强最终决策的合法性说

^② 参见[美]文森特·奥斯特罗姆《美国公共行政的思想危机》,毛寿龙译,上海三联书店1999年版,第17页。

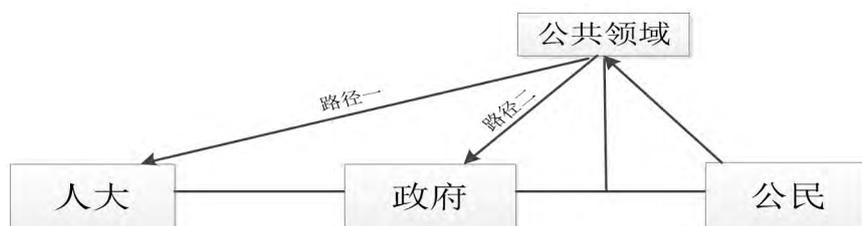
^③ 参见[美]乔万尼·萨托利《民主新论》,冯克利、阎克文译,世纪出版集团、上海人民出版社2009年版,第128页。

^④ 参见[美]詹姆斯·博曼《公共协商:多元主义、复杂性与民主》,黄相怀译,中央编译出版社2006年版,第17-19页。

^⑤ 所谓“公众”,由不特定数量的公民组成,是作为主权者的“人民”在治理逻辑下的映射,在代议制层面由代议机构及代表,在社会层面则是公共领域的构成力量。

^⑥ 参见[德]哈贝马斯《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第91页。

辞。当公共舆论在公民参与过程中形成之后,便构成理性的民意力量。对此,代议机构当然不能无视,而应通过民意吸收机制将公共舆论导入主权逻辑,进而为治理逻辑输入民主资源,并施加压力促使政府治理调整。由此可见,公民参与在两种意义上影响政府治理:一是汇聚民意对接主权逻辑,由代议机构将民意转化为针对政府的主权压力;二是作为基础结构约束政府决策,为决策提供信息基础和舆论压力。



图二 公共领域影响政府治理的两个路径

一言以蔽之,公众参与指向决策的民主性与科学性。这亦契合公民知情权的深层需要——公民并非为知情而知情,而是以知情为民主相对缺失、过程相对封闭的行政决策扣上“紧箍咒”,倒逼决策理性,以保障维护自身权益。在这个意义上,政府信息公开申请实是作为公众参与行政决策的重要制度手段之一。基于此,应首先区分公众与决策的利益关联程度,从而设置对应的参与模式。这可以称为公众参与的“比例原则”,其要旨在于促进利益参与,提高参与的针对性,同时避免无效参与导致的资源浪费。当然,这种区分不是为了决定参与的资格,而是为了决定“参与的强度”。^{②7} 具言之,有直接利害关系者意味着更高强度的参与,享有直接的信息申请权(这是下文讨论的治理逻辑下的相关制度设计)。而无直接利益相关者的参与,属于“公众”意义的参与,应遵循“人民——人大——政府”的主权逻辑。在这一维度,政府信息公开应做如下制度安排。第一,构建行政决策人大介入的常态机制,借助人大的监督权威,督促主动公开相关事实信息、决策启动理由,利用质询和询问机制,消除信息模糊性、保证公开全面性,同时及时整合民意诉求导入决策过程;第二,优化公众参与的公共领域支持机制,如基于言论自由的公共讨论,基于结社自由的社团力量组织化,以及基于专家理性的专业知识导引,既可为人大源源不断地输入理性民意,构造社会监督向宪法监督的制度联接点,也从一个角度形成对人大积极履行职权的民意压力。

^{②7} 参见王锡锌《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,载《清华法学》2009年第2期。

五、基于治理逻辑的政府信息公开

“政府——公民”治理逻辑具体表现为政府行使职权的行政过程,载体是政府行政行为,公民因行政行为与政府职权发生利益关联,从而产生公民权利保障、权利受侵和权利救济等具体法律问题。公民为何服从政府并自愿接受政府的职权调整,是治理逻辑得以存在的基础问题,这构成政府行政的正当性追问。顺接“人民——人大——政府”的主权逻辑,政府行政的正当性来自于作为人民意志代表的人大,即政府由人大产生、对人大负责、受人大监督。在政府行政过程中,人大权威转换为人大立法,立法是经由民主程序所凝结的人民意志表达,以法律为准绳的行政职权行使,本质在于遵从人民的意志指引,从而获得公民的自愿服从。由此,具备“合法性”(合法律性)的行政活动便可以藉由法律的民主正当性而具备政治意义上的“正当性”。^⑳因而,行政行为的合法性,即所谓“依法行政”问题,构成“政府——公民”治理逻辑的内核。

(一) “直接利害关系”的三个层次

行政行为本质上是对行政职权依据法律对公民权利义务关系的具体分配和调整,而公民对行政行为合法性的感知,源于公民认为行政行为侵犯其合法权益(财产权或人身权)的主观判断。就此而言,相对于“人民——人大——政府”主权逻辑下的“公共利益”,“政府——公民”治理逻辑的构造基点在于行政行为与公民之间的“直接利害关系”。

“直接利害关系”首先区别于“人民——人大——政府”主权逻辑下的“公共利益”。实践中公共利益和个人利益往往相互纠结,常常无法辨识。面对这一复杂情况,应抽丝剥茧,以个体利益与主体的关联性作为分析原点,即行政行为带来的利益影响是否可落实到特定的公民主体,如果可以,那么这一主体就与行政行为具有直接利害关系。此外,斯图尔特给出的一个判断模式可以作为辅助的参考,任何一类利益主体,只要制定法(隐含地或明确地)要求官员在制定行政政策时必须予以考虑,就享有起诉资格。^㉑政府决策本是各方利益博弈过程的产物,据此引申,参与博弈的各方主体,当然有权申请信息公开。

另一方面,“直接利害关系”有效拓展了传统行政法“法律上利害关系”的范围,赋予行政行为的辐射对象以申请权。以《行政诉讼法》为标杆的“法律上利害关系”,由于对直接因果关系的强调而极大缩小行政行为的实际辐射范围。政府信息公开本就较行政诉讼更为主张公民参与,因而其申请条件也应相对宽松,如以“法律上的利害关系”为申请条件,必然有悖其内在目标。但如以“特殊需要”赋予申请权,又因无法准确界定而

^⑳ 参见前引^⑱,王锡锌文。

^㉑ 参见前引^⑰,理查德·斯图尔特书,第89-90页。

陷入空泛。“直接利害关联”介于二者之间,是对扩大公民参与和行政资源集约利用的权衡。据此,对“法律上利害关系”拓展的限度,可从以下三个方面把握:1.一定程度的关联性,它弱于直接因果关系,但又强于类似“万物相连”意义上的联系,可采用因果关系视域中的“如无前者,即无后者”标准。^⑩2.行政行为对公民的人身权和财产权有基于合理预期的可能影响。此处不以实际损害为标准,主要考虑政府信息公开作为公民参与方式有助力决策的功能,因而可以在未决策前介入,且可有效预防实际损害。3.须为直观性感受损害(或损害危险)之主体。这是与公共利益相区分的要义所在。

以个体利益与行政行为的关联程度为标准,“政府——公民”治理逻辑下有关信息与公民的“直接利害关联”,可区分为三个层次,对应三种职权行为:1.法律上利害关系,其载体为具体行政行为;2.由分散的法律上利害关系所聚集,与公共利益并存,其载体一般表现为土地开发规划和项目建设等综合决策;3.公共利益的反射利益,其载体为环境保护、食品安全监管、产品质量监管等职权行为。

(二) 对应的信息公开制度模式

对应直接利害关联的三个层次,治理逻辑下的政府信息公开制度可做针对性的构造。

1. 具体行政行为框架下的信息公开

具体行政行为是行政主体在整合事实认定、法律依据和程序适用三方面信息的基础上进行判断、权衡进而决定的过程。行政行为的合法性,主要体现为以下五个维度的整合:行政主体是否符合权限;事实认定是否证据充分;适用法律是否正确;程序是否符合法律要求;结果是否遵从“事实认定+法律适用=行政决定”的三段论认定结构。随着信息公开理念的进步与实践的发展,越来越多的公民开始通过信息公开申请的渠道,要求政府公开与合法性相关的上述诸项信息,据此为其合法性质疑提供支持。在某种意义上,此种信息公开申请,可视为公民维权的策略性选择。在实际效果上,它将行政诉讼中行政机关的举证责任前移,从而为可能提起的行政诉讼等后续连环救济争取到主动性,并获得了另一条强制性要求政府回应合法性质疑的制度通道。

基于一般行政法理,政府实施行政行为所依据的信息,尤其是涉关合法性判断的核心信息,由于涉及到公民的法律上利害关系,应当向公民主动公开。公开的对象,包括作为行政相对人的公民和与行政行为具有利害关联的相关人。如果政府未主动公开,公民可向政府申请公开。这是正当法律程序原则的核心意蕴,也是强调行政行为说理性和可接受性要求的具体展现。特别在设置负担、限制法益和竞争性的行政行为中,从控制政府权力的角度讲,此举可有效防范政府借其掌握的“国家秘密、商业秘密或个人隐私”之认定权,来为违法行政行为做掩护,亦可清理信息公开的模糊地带,全面落实行政行为中的信息公开义务,从而有效促进依法行政。换言之,支撑行政行为合法性的核

^⑩ 参见柳砚涛《论行政诉讼中的利害关系——以原告与第三人资格界分为中心》,载《政法论丛》2015年第2期。

心信息,即使属于国家秘密、商业秘密或个人隐私,也应当向公民公开。

那么,这一做法会否引发“国家秘密、商业秘密或个人隐私”的泄露,抑或是否给予某些别有用心的人窃取重要信息的空间?这一担忧不足为患。一方面,与公民生活密切相关的绝大多数行政执法领域(许可、处罚、强制等)一般不会涉及诸如国防、外交、国家安全之类的重大国家秘密(绝密)。另一方面,制度的目的导向决定了单个制度只是服务于某个特定目的,制度在实现其目的的同时,不可避免地会产生其它方面的问题,基于系统论的视角,就需要配置制度帮助其解决后顾之忧,这也是制度体系的意蕴所在。向公民全部公开信息确实可能导致秘密泄露,但可以通过其他配套措施来防范。这些措施包括:针对关乎行政行为合法性的国家秘密,在向相对人公开的同时,应告知其遵守《保守国家秘密法》和《档案法》的保守国家秘密义务(必要时可参照涉密人员管理规定),如有违反将面临相关法律责任追究。^①针对关乎行政行为合法性的商业秘密和个人隐私,应当在政府的主持下由双方签订保密协议,明确保密义务,约定相关责任。当然,在涉及商业秘密和个人隐私的信息公开中,政府应当在听取第三方意见的基础上进行判断(必须听取意见,但不以第三方是否同意为依据)。如果第三方认为政府的公开行为侵犯了其利益,也可以提起行政复议或行政诉讼。事实上,作为行为合法性核心依据的商业秘密和个人隐私,是否应向相对人公开,实是正当法律程序原则和第三方利益保护的权衡问题,而其折射的是基于不同的权利保护理念以及不同的信息来源形成两种制度冲突。^②如果仅从政府信息公开制度的单维视角,这一权衡可谓“两难”;但如果从制度配套的系统论视角,则可轻易化解此“两难”,兼顾看似对立的双方利益。

在这一模式的信息公开下,还应特别说明具体行政行为的利害第三人申请有关行政行为信息公开的情形。这一情形常见于竞争性许可和政府公共给付行为。在竞争性许可中,上述因所谓商业秘密需第三方同意方可公开的做法,极易沦为暗箱操作的说辞。在如经适房和廉租房等政府公共给付行为中,享受到该给付利益的公民的相关资料信息应当公开,政府无须征求受益人意见再决定是否公开,受益人也不能以个人隐私为由拒绝公开。但应注意,无论是竞争性许可还是政府公共给付行为,虽然在与个体公民的关系上表现为具体行政行为,但其实质上承载着较强的公共利益,因而尤其应当通过公开接受公众监督,且必须要向直接利害关联的第三方公开,而不能以商业利益或个人隐私作为拒绝理由。

随后一个问题,政府在向具有利害关系的公民公开相关信息后,是否应向社会公开?在行政处罚实践中,为追求警示效应,政府经常将公民违法行为单方决定公布于众。按照《条例》的设计,这一做法是面向社会的执法信息公开,似乎于法有据。但应注

^① 参见王锡锌《信息公开的制度实践及其外部环境——以政府信息公开的制度环境为视角的观察》,载《南开学报》(哲学社会科学版)2011年第2期。

^② 参见刘飞宇《行政信息公开与个人资料保护的衔接——以我国行政公开第一案为视角》,载《法学》2005年第4期。

意,此处面向公众的公开由于与公民无利害关系,实则进入“人民——人大——政府”主权逻辑,应遵循经由人大渠道的公开程序。当然,人大可以通过明确的授权(伴随相应的监督)将此类对于行政过程而言确有必要公开的信息交由政府自行判断。但无论如何,是否公开的实质判断,涉及到利益衡量问题,即公开价值追求与公开对违法行为人权益的损害间的衡量。

2. 大范围法律上利害关系聚集与公共利益共存的信息公开

在城市化和工业化建设进程中,由于大规模的土地开发和项目建设,具有直接利害关联的“政府——公民”关系,经常呈现为大范围的复合状态,分散未经组织的个体利害关联被裹入整体性的公共利益中,以至于稀释了公民个体的直接利害关联强度。加之政府公共利益的运作模式,以近乎绝对的优位顺序凌驾于个体私益之上,排斥了利益衡量的空间与必要。借助于调整范围的广泛性和对象的相对不特定性,而政府通常以制定规则(命令、决定)的方式替代具体行为调整,将具有直接利害关联的公民一并隐没其中,本属于具体行政范畴的行政行为由此变身为抽象行政,进而以此为由阻断了立足于具体行政行为的相关制度救济,同时借抽象行政的定性逃避应有的合法性审查。此类事务的信息公开也因此脱离了行政行为合法性判断框架,政府的信息公开义务与合法性证成脱节,公共利益话语理所当然地成为信息屏蔽的挡箭牌。政府行政的正当性也因此受到波及。

有鉴于此,相关理论更新和制度调整成为必然。2015年《行政诉讼法》修改取消了原第11条设置的“具体行政行为”之可诉范围限制,以兜底条款明确宣示“行政机关侵犯公民人身权、财产权等合法权益”即为可诉,并将征地拆迁、社会保障等易稀释直接利害关联的行为明确纳入受案范围。其意义在于,还原以公民财产权或人身权受到侵害的直接利害关联标准,将其从公共利益的迷雾中剥离出来,由此消除合法性审查的空白区域。当此问题得以澄清,在相应的政府信息公开领域,有法律上利害关系的公民理应遵循具体行政行为的信息公开制度模式。具言之,这一领域的信息公开,包括三个层次:第一,政府依据《条例》第9-11条对应具体领域主动公开;第二,公民以直接利害关联申请相关信息公开,并可以合法权益受侵害为由提起行政复议和行政诉讼;第三,由于涉及到一定数量的公民,可视民意状况等具体因素启动人大介入机制,对接“人民——人大——政府”主权逻辑下的政府信息公开模式。

还应注意,此处集中呈现的“公共利益”在一定程度上决定了与上述具体行政行为下的信息公开模式的重大差异。具言之,“公共利益”可能意味着大规模城市开发和项目建设中涉及的国家秘密和商业秘密需要得到一定程度的保密,这就与在其中具有法律上利害关系的相对人无保留获得信息权之间发生了冲突。偏向任何一端均非良策。此时应当以“公共利益”导入人大机制,将此冲突交由人大权衡。其中缘由已在上文述及。

3. 基于公共利益“反射”的信息公开

反射利益是源于公共利益的“反射”而间接给予的公民利益。前辈法学家范扬对“反射利益”的分析颇为精彩“是指由于法律保护公法间亦规定国家应对人民为一定行动使人民受某种利益,而不认其得为主张。此时因不具备意思之要素,不认其有权利。此际其单纯之受益,乃出于法律规定之结果,易言之,即出于法律规定之反射作用,故亦名反射利益……凡法规单为公益,规定国家应为某种行为,而人民不得为自己利益而请求之场合,其人民得享受之利益,皆为权能或反射利益。”^③由于利益的间接性和受益对象的不确定性,公民个体一般不能单独主张。德国、日本也将此排除在私人享有的法律利益范围之外,但晚近以来该理论有了发展,即如果该利益可以确定为一定地域的独占性利益,即可获得司法救济。^④也即,当反射利益基于合理预期可以辐射至特定时空的公民个体,那么公民就可以进行利益主张。此时,公共利益在特定的意义上与公民个体形成直接的利益关联,相应的,相关领域的政府信息公开则对应采取上述第二种模式。这一理解,在限制“特殊需要”申请的情形下,也在相当程度上弥补了上文所述公众在无直接利害关联的前提下申请信息公开造成的“心理真空”。

一般情况下,反射利益如无法确定可落实到公民个体,那么就无疑属于纯粹公共利益范畴,因为公共利益本身就是由不确定的个体利益所构成。这一情形下的信息公开,则应回到主权逻辑模式。在治理逻辑维度,依据我国宪法体制的职权分工原理,可由作为法律监督机关的检察机关提起公益诉讼,其中原理与公益诉讼模式近似,即检察机关对行政机关的职权行为进行监督。公益诉讼以及基于公共利益的信息公开申请,均是监督方式之一。不过,由于检察机关提起公益诉讼尚未付诸实施,相关制度设计仍待考量,与此有关的检察机关提起公益诉讼也暂时无法启动。作为一种设想,有待实践推动。

结 语

现代行政权的扩张和行政主导的权力运作,在满足福利国家给付功能和经济社会政策调整效率的同时,极易陷入行政专断的极端。基于主权权威的议会控制与基于民主理论的公民参与,构成遏制行政专断的两大机制。在宪法体制中,二者分属主权逻辑与治理逻辑,并基于两大逻辑的结构关联形成良好的配合状态——前者从外部规导行政过程,检验正当性基础;后者从内部填充民主资源,培育合法性认同。

信息公开是防范行政专断的一种具体方式,可谓扣在政府头上的“紧箍咒”。政府信息公开制度兼具议会控制与公民参与两大制度方案,既基于主权逻辑向代议机构报告工作,接受代议机构监督,又顺应治理逻辑下的公民知情权诉求履行公开义务。二者

^③ 范扬《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第36-37页。

^④ 参见沈岍《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第202-205页。

本应有序分工,协调并致。然而,我国的这一制度设计,却人为割裂了上述逻辑关联。《条例》一方面通过自我立法全然超脱人大控制,无视有关政府信息公开的既定人大体制安排,另一方面则曲解了行政过程中公众参与的应有定位,使其脱离乃至僭越了政府治理的正常逻辑,不仅无助于公民知情权的实质保障,浪费了大量行政资源,还在很大程度上冲淡和抑制了行政过程中基于直接利害关联的信息公开诉求,激情有余而理性不足,最终陷入“公民享有不受限制的知情权,但极易化成泡沫;政府负有严格的信息公开义务,但可轻易规避”的困境。这一困境,透射出政府信息公开制度的“合法性悖论”:以鼓励公众参与为初衷的政府信息公开,本意在于矫正行政过程的“民主赤字”,但却由于与作为正当性来源的主权逻辑的自我割裂,以及自身的运作偏差,陷入一种更深刻的合法性危机中。有鉴于此,政府信息公开制度应当回归宪法体制的运作逻辑,分别对应“人民——人大——政府”的主权逻辑和“政府——公民”的治理逻辑进行制度化构造,实现其在宪法体制中的特殊价值和功能承担。概括来讲,基于我国宪法的“人民——人大——政府”之主权逻辑,政府由人大产生,向人大负责,受人大监督。遵循这一逻辑,对于那些与公民个体没有直接利害关系的信息,政府信息公开的首要维度是向人大公开,而人大作为人民的意志代表,经过是否属于“国家秘密、商业秘密和个人隐私”的权衡之后,向人民公开。这一方式,可借助于人大权威回应实践中以“公共利益”为由的义务规避困境。另一方面,在“政府——公民”治理逻辑中,区分直接利害关联的三层次,确证信息与公民个体的利益关联程度,据此分别构建公开模式。具言之,在基于“法律上利害关系”的具体行政行为下,信息是行政主体做出行政行为的基本依据,直接关系到行政行为的合法性,基于正当程序原则,行政行为的所有信息应当全部向行政相对人公开,至于其中可能存在的泄露国家秘密、商业秘密或个人隐私问题,应当通过《保守国家秘密法》、《档案法》及相关保密协议等配套制度予以解决。在基于“大范围法律上利害关系聚集并与公共利益共存”的土地规划开发等职权行为下,涉及行为合法性的信息也应完全公开,但如与公共利益形成冲突,应对接主权逻辑交由人大平衡。在基于“公共利益的反射关系”的环境保护、食品安全监管、产品质量监管等情形下,如反射关系可落实至特定时空的公民个体,则采取“聚合型法律上利害关系与公共利益并存”模式;如不能落实到公民个体,则回归主权逻辑的公开模式,并在治理逻辑下借鉴检察机关公益诉讼模式由检察机关提起公益申请。

现行《条例》作为行政法规,是行政机关为执行法律规定或履行国务院行政管理职权事项而制定的,尚可对应于传统的以公开促进规范的制度定位。然而,对于“人民——人大——政府”的政府信息公开主权逻辑,作为行政法规的《条例》显然无法包容,因为这一关系已经涉及到宪法层面上的基本体制安排。并且,公民知情权与政治权利的密切关联,决定了以行政法规作为规范载体,不符合《立法法》第8条第(五)项确立的限制政治权利的法律保留原则。此时,有必要向作为宪法性法律的《政府信息公开法》升级。但需要补充的是,如果没有特别的需要,其实并没有必要专门制定《政府信息

公开法》来规范这一关系 因为在既有的组织法体系和《监督法》中 ,已经对这一关系做出了具体的制度安排。尤其是《监督法》规定的专项工作报告制度 ,实际上就是这一逻辑的制度化表达。

作为行政法规,《条例》可以包容“政府——公民”的治理逻辑。但也应注意,包括《行政处罚法》《行政许可法》《行政诉讼法》等在内的具体行政立法中,已经通过保障行政相对人合法权益的原则宣示及正当法律程序的行政法治理念,对这一逻辑中关乎行政行为合法性的信息公开表达了立场。在这一维度,《条例》可以加以一般化和体系化,以明确政府信息公开义务的履行方式和责任承担。同时,应当适当调整《保守国家秘密法》与《档案法》,以求与这一逻辑的基本精神相符合。

Abstract: The logic of “right to know , namely the obligation of government information disclosure” , on which the government information publicity system of current government is constructed , transcendently accepts the presupposition that “right to know is one kind of human rights” and “the obligation of government information disclosure is a means to realize the right to know” , thus confuse the sovereignty logic of “the People , the Congress of People and the Government” as well as the governance logic of “the Government and the Citizen” related to the organization and operation of governance , separating the government information disclosure system from the constitutional system. As a consequence , the constitutional supervision attached to the system of National People’s Congress exists in name only , and even comes to a legitimate crisis due to the disintegration with the sovereignty logic as the legitimate source. What’s more , it misinterprets the due position of the public participation in the constitutional logic. As a result , it breaks away from or even arrogates the normal logic of government management , not only wasting amounts of administrative resources , but also weakening the appeal for information disclosure of the citizen who has the direct interest with it. In view of this , the government information disclosure shall return to the dual structure of the constitutional sovereignty logic and governance logic , and the corresponding institution shall be restructured.

(责任编辑: 李小明)

中国宪法体制的规范结构*

秦小建**

内容摘要:对应于民众对国家的“泛道德化”理解,整体性“国家”观念大范围存在国家治理实践中。这一观念将国家视为抽象的整体,将具体国家机关看作整体国家的化身。这一观念误解,遮蔽了国家组织原理,忽视了国家体制的结构分化对导入公民诉求、回应社会压力、建构自足秩序的宪法功能。宪法对现代国家的构造,遵循“人民主权—代议政治—国家机构—公民”的规范逻辑,构造由主权结构、治理结构、基础结构等构成的宪法体制。现行宪法关于社会主义中国的规范逻辑和组织结构还不甚清晰。作为中国宪法体制的构成,执政党领导人民的主权结构规范化,以人大为中心的政体及治理结构优化,以及由社会建设推动的基础结构塑造等议题,均力图推进社会主义国家形态与现代化愿景在“富强民主文明和谐美丽”国家目标统摄下的融贯。

关键词:宪法体制 社会主义现代化国家 主权结构 治理结构 基础结构

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2021.02.005

引言

当代中国正处于向现代国家迈进的历史关口。现代国家以成熟的国家理解为思想前提。在当代中国,现代国家的观念、理论和实践,一直面临着传统儒法国家结构、近代民族国家叙事、西方现代国家想象和新中国道路探索等纠缠而成的古今中西之争,致力于寻求社会主义国家形态和现代化目标之间的融贯。

对这一根本命题的关注,契合了现代中国建构的深层需要。一直以来,由于缺少共识性的现代国家方案,作为各种具体议题宏观依托的国家法权结构和国家体制框架,无法为公共议题讨论提供共识性资源。反而因其自身难以明确,致使公共讨论在各种基础性的国家观念和体制问题上纠缠不清,常常陷入意识形态层面的指责和争议,不断泛政治化。同时,诸多政治体制改革议题的展开,由于缺少对中国国家组织原理和中国国家体制的定见,往往以西方自由主义国家体制为预设,难免陷入“去中国化”的理论歧异。此外,由于缺乏融贯性的社会主义现代化国家理论支撑,诸如国企、自然资源、社会保障等领域改革议题的讨论,只能停留于回应实践难题的技术层面,难以深入到与之紧密关联的社会主义国家建构命题,背后的宏阔趣旨被淡化。

学术界对当代中国的主权、政体、双重代表制等国家建构的核心问题进行了多维度的论证,也对民主集中制等国家组织原理进行了极具中国化的讨论,深化了对当代中国的国家理解。但由于未对社会主义国家的国家目标及其所依托的国家体制展开体系化的规范分析,客观上导致三种研究不足:第一,对政治宪法学理论基础的论证,虽清晰阐明了现代国家在多元间保持一统的政治结构,以及作为该结构基础的“人民—公民”的制度关联和循环逻辑,^①但没有明确提炼出中国宪法体制的规范结构。第二,对宪法序言中的社会主义国家目标及由此转换的宪法价值体系、人民民主专政的国家性质、“执政党—人民”的主权结构、以人大为中心的政体及治理结构等中国宪法体制的构成,缺乏基于“国家目标—国家性质—国家体制”的规范整合,难以在社会主义国家形态与现代化目标之间实现体制性的融贯。第三,未能真切回应真实的民众“国家”观念和具有特定行动逻辑的现实国家行为。民众的“国家”理解,源于对国家的理想期待和国家治理实践的互动。

* 本文系华中科技大学人文社科专项发展基金“基础与前沿专项研究”的成果。

** 华中科技大学法学院教授。

① 参见张龔:《多元一体的政治宪法结构》,载《法学研究》2015年第6期。

而现实的国家行为,试图在民众期待和国家目标之间寻求平衡,反过来又会影响民众观念。关于“国家”是什么的整体性“国家”理解,简化了这一复杂逻辑,甚至可能会因道义目标强化而加剧民众与国家之间的紧张关系,难以在国家目标与国家现实间搭建规范与事实的沟通桥梁。

多元的国家想象是迈向现代国家的思想前提,但任何理论无法绕过无论是作为绝对多数共识还是总体政治决断的宪法。本文认为,现行宪法在文本上已初步完成社会主义中国的规范建构。但其背后的现代国家组织原理和制度结构需要获得清晰的阐述,由此在理论上作为探求规范性“国家”理解的着力点,在价值上为现代化国家治理凝聚共识,在制度上为现代中国建构提供规范依据,在实践中指引国家治理遵循宪法体制安排。

本文首先从当前较为普遍的整体性“国家”观念切入,讨论如何通过国家的适度结构分化来走出这一误解。在此基础上,探讨宪法体制作作为“国家”规范表达的构成和意义,分析中国宪法体制的规范逻辑和制度结构。本文主张,实现社会主义国家形态和现代化国家愿景的融贯,应以一种关于社会主义现代化国家的规范性理解为思想前提;中国宪法体制是宪法所建构的社会主义现代化国家的规范呈现,阐明其规范结构,有助于破除当前“国家”观念的误解,推进社会主义国家和现代化愿景之间的融贯。

一、整体性“国家”观念的误解

“国家”是每一个中国人构筑心灵秩序无法越过的情感意象。国家既是一套客观存在的组织体系、规则体系和制度体系,也是由民众对国家的期待所映射出的观念体系。民众的“国家”观念与客观的国家运行,彼此交织,相互强化,影响着国家治理的实践。欲寻求规范性的“国家”理解,须首先澄清这一观念的表现、后果及生成机理。^②

(一)抽象的整体“国家”?

在朴素的民众话语中,“国家”是一个整体性的抽象概念。在社会冲突和民众诉求表达的话语逻辑下,这一抽象意义的“国家”被置于与“社会”“公民”相提并论的二元结构,被视为解决冲突和满足诉求的决定性力量。民众并不区分具体的国家机关、国家政策和国家行为,而是倾向于对这些具体存在进行本质化的抽象。抽象意义的整体“国家”实际上是民众对国家道德期待的载体。虽然每个个体对国家的期待不同,但都是基于其关于理想国家应该是什么的理解,将“国家”从不同层级的机构和不同职权的部门及其具体行为中抽象出来,形成关于“国家”的总体观念,并反过来对具体的国家机关和国家行为进行道德评价。

民众的这一倾向,受到传统大一统观念的影响。古典家国一体的皇权结构,虽有乡绅宗族自治的支撑,但在观念上维系于“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的一统格局。近代以来民族兴亡的诸种变局与危局,无一不迫使着国家精神和国家能力朝向整体的凝聚。传统家国结构的内在设定,近代国家救亡的时代选择,叠加于当代国家的使命担当,共同塑造了民众对社会主义国家的总体想象。承载着终极价值的国家,在行动时以国家任务和国家目标为统合,通过全体政治动员的方式实现目标。原本由各个社会单元承担的职能收归国家,在提高国家效率和国家能力的同时,也走向了全能型国家的极端。民众观念进一步被全能型国家形态下的政治动员强化。当代中国国家治理的现代化努力,正是力图矫正全能型国家观念的偏颇。但在治理实践中,全能型国家行为模式的惯性,与民众的整体国家观念彼此缠绕,仍然在不同范围和不同程度上延续着整体性国家的传统进路。

将国家视为一个抽象整体,忽视了在国家体制中设置的社会进入国家的制度通道。多元社会中的利益竞争、价值冲突、阶层博弈,是现代社会的基本特征。它们既可以通过议会等渠道来尝试改变国家政策和政治运行结果,也可以通过积极参与来表达对国家行动的批评建议,同时也可为国家决策提供信息和方案。因此,有关国家理论和国家体制的研究,无法回避这一基于国家与社会关联而构建的制度结构。在此基础上,如何以体制性的设计,维系不同层级的机构和不同职权的部门与社会的关联,形成国家与社会有序界分但又密切关联的共同体,构成国家体制设计的重要命题。

^② 本文无意也无法对国家学说进行系统梳理。客观而言,目前关于中国的“国家”理解更多处于经验主义层面。本文侧重于从民众的“国家”理解这一角度阐述,是立足于经验主义的一种尝试,也可算是对即将铺展开的国家观念的验证。

把国家视为一致行动的人格化主体,淡化了社会多元竞争秩序在构造国家体制、凝练国家目标、规训国家行为过程中的基础作用。国家机关在与社会力量接触时,会有意识地对多元社会的竞争和合作秩序作出结构性的反应。在冲突议题的处置上,不同层级的机关和不同职权的部门之间,常态化地存在着迥异乃至彼此对抗的行动选择。这取决于它们在面临压力时的特别计算。就此而言,国家很难成为一个保持一致行动的整体。这就决定了国家治理的一个重要面向,即如何以整体的国家结构设计和控制导引,将迥异乃至彼此对抗的不同行动选择整合成多样但却彼此协调的一系列必要反应,并将其置于整体国家目标的控制之下。

抽象的整体国家观念对应于民众对国家的道德期待,但却因此极易滑向情绪化和民粹化。民众不相信社会可以更有效地解决问题,即使是那些与国家无关的个人事务,也常常要求国家出面协调。如果国家有所拒绝,则被视为不负责任的推诿。这就进一步形成了民众“国家”观念的双重性:民众对国家有着超高的期待,但又会因具体国家行为的落差而陷入对国家的情绪化指责。反映在治理实践中,民众高度认同并依赖国家,但又对具体的国家行为持怀疑态度,认为这些行为没有达到理想国家的要求,甚至以此作为其行动的道义资源和策略安排。^③这种情绪化的国家理解,往往是民粹主义的温床。而这恰恰是祛除全能型国家观念的最大障碍。在这个意义上,如何正视国家内部的结构分化,以体制性安排导入社会运作的自主力量,遵循国家治理的分权逻辑,疏导民意的笼统诉求,进而形成一个回应民意的有序系统,是国家治理现代化的应有之义。

(二)国家=国家机构(政府)?

抽象的整体国家观念总会具化为某个国家机关或国家工作人员的具体行为。但是,民众并不在乎具体国家机关的职权范围,而是倾向于将与其打交道的国家机关及其工作人员视为国家的化身,并将其对国家的道德期待应用到对该国家机关的行为评价上。

例如,在一线执法中,警察被看作“国家”的代表,“有事找警察”成为民众的思维惯式。公安机关基于“执法为民”的理念,也乐于将此视为常规化的宣传话语。但在国家机构中,公安机关不能行使所有国家职能,自然不能满足民众的所有需求。当民众对其有如此高的期待,但其却因职权所限无法满足期待时,就会被指责为推诿或不负责任。为了避免这种居于道义高位的指责,只能以超越职权或“和稀泥”的方式来应付,由此造成国家机构职权分工体系的混乱,甚至会破坏基本的社会正义规则和法律预期。

对民众而言,将“国家”简化为“国家机构”的理解情有可原。国家科层体制及其内部职权分工体系对应于专业理性和治理技艺。民众通常关注结果,而不重视治理过程。观察视角的外在化和忽略过程的结果导向,使得按照职权分工逻辑输出的国家机关职权行为往往具有了代表国家的整体观感。作为结果呈现的国家政策、执法行为和官员行动,是民众对国家的直观感受。这种感受局限于主观理解和先在的抽象观念,一般很难深入到隐藏在治理过程背后的国家组织和运行逻辑。

然而,对于身处科层体制的国家机关而言,将其自身行为普遍化为整体国家行为的观念和行为导向,却大范围存在于国家治理实践之中。试从经济、文化、政治各举一例说明。

第一,“国家”所有是否等同于“政府”所有?目前关于国家所有的理论和实践,尚需进一步探讨:一是以私人所有附会国家所有,忽视了“国家”作为所有权主体所彰显的“全民所有”主权意志,及对应的国家体制设计。实际上,“国家所有”的重点不在于“所有”,而是如何以“国家”的体制安排和制度构造实现“全民所有”的主权意志和价值追求。因而,国家所有理论背后隐含着深刻的社会主义国家理论趣旨。二是将“政府”所有等同于“国家”所有,以政府(行政机关)作为全民(全体人民)行使所有权的代表。在没有明确授权的情形下,政府作为行使所有权的代表,僭越了作为政体核心的人大体制安排。

第二,“国家”进行精神文明建设,是否等同于“政府”进行精神文明建设?宪法第24条规定国家加强社会主义精神文明建设,是否就意味着部分政府主管部门可以依此进行文化限制和道德干预?国家进行精神文明建设,遵循国家的组织和运行逻辑。现代国家通过主权意志整合和民主程序汇聚人民的价值认同,将其凝聚为国家目标和价值体系,并以立法加以制度化。在这一过程之后,政府作为执行机关,通过执行立法来实现国家的价值辐射。就此而言,政府只能依据国家意志负责实施和落实,无权进行自主价值判断。实践中

^③ 参见项飏:《普通人的“国家”理论》,载《开放时代》2010年第10期。

相关政府主管部门超越自身职责而替代整体国家,势必引发个体对其价值干预的不理解,并牵连到对国家功能的误解。^④

第三,对应于公民知情权的“国家”信息公开义务,是否等同于“政府”的信息公开义务?在国家的组织和运行逻辑下,公开义务显非政府一方承担,政府也并非只向公民一方公开。各个国家机关根据其于公民的宪法关系,承担不同的公开义务。政府除向公民公开信息外,还应向有权监督政府的人大公开。将“国家”义务狭隘化为“政府”义务的误解,肇源于对“国家”的抽象认知,将具有高识别度和强存在感的“政府”简单地视为“国家”的代言人。其后果是政府主导了信息公开,获得了可灵活规避义务的自我决定权,脱离了政府治理的宪法逻辑。^⑤

“国家”不能简化为“国家机构”(政府)。无论何种国家理解,都存在着国家构建的先在命题,它包括但不限于:国家为何构建?国家目的是什么?如何实现国家目的?在此基础上,方有配置国家职权、设置国家机构的政体安排。所以,在洛克、卢梭等关于政府(广义)和政体构造的理论中,均明确提醒了作为主权意志整合的政治社会(政治体)与作为执行机构的国家机构的区分,并清楚阐释了二者如若混淆所带来的后果。^⑥涂尔干在分析“国家由谁构成?”时,认为把属于国家直接管辖的次级群体(议会、政府、法院、军队等)与国家本身混淆,正是使这个主题混乱不清的根源。次级群体具有专业化的行政管理职能,但只是执行部门;而国家是复合群体,通过次级群体组织化来引导集体行为,体现集体意识,并由此形成决议,再将决议传递给其他机构来执行。涂尔干比喻道,国家是社会思维的器官,执行机构与国家的关系,就好比核心肌肉系统和中枢神经系统的关系。^⑦

在观察体验上,在国家体制构建完成后,国家的正常运转依靠国家机构的职权运行。因此,并非在任何时候都要越过国家机构回到深层的国家组织原理。但不能忘记,正是藏于既有体制之后的国家统合和组织原理,决定了各个国家机构的设置、职权配置及相互关系。将“国家”等同于“国家机构”,省略了国家概念的宪法建构,忽视了宪法序言和总纲部分关于社会主义国家的目的、性质、任务的规范描述——事实上,正是这一部分的“国家”理解,表达了国家统合原理。此外,当个别国家机关的职权行使背离了体制安排,与其他国家机关发生冲突时,就涉及到对国家组织原理的运用。而在当下,监察体制改革与党和国家机构调整对国家体制产生深刻影响,国家体制面临结构性调整,有关国家组织原理的讨论就更为根本。此时,如若还停留于国家机构层面的局部探讨,势必会忽略这一根本命题。

将“国家”简化为“国家机构”,遮蔽了作为“国家”外在表征的国家机构体系内部不同机关、不同职权之间的宪法关联。对作为执行机关的政府而言,尤其是基层政府和一线执法者,与公民的关系最为直接,因而也直接承受着公民不满及诸种指责,一旦处理不慎就可能演化成激烈的官民矛盾。这种矛盾是“政府—公民”的二元对峙结果。在对峙中,把政府行为当作国家行为的简单化倾向,就会以偏概全,加剧民众对国家的误解。如果政府也把自身作为国家的代表,就可能遗忘国家体制内设置的对它的监督和纠错机制。而这一机制,不仅是将二元对峙导入第三方解决机制的智慧彰显,更是作为国家的自我纠错机制,来缓冲某个具体国家机关的不当行为对国家认同的冲击。把政府作为国家机构的构成,将其置于国家对政府的监督体制中,彰显了优化社会矛盾处置模式的观念进步。

(三)整体性“国家”观念的生成机理

整体性的“国家”观念,并非中国所独有。西方民族国家的构建,就是以绝对主义国家奠定的统一疆域和整体主权为基础,经由“民族—国家”的双重建构,赋予了自身完成民族整合、执行民族意志、发展民族利益的总体使命。^⑧现代民族国家的演进历史雄辩地说明,作为一种担负使命的整体构造,国家在塑造支配(domi-

^④ 详细论述,参见秦小建:《精神文明的宪法叙事:规范内涵与实施机制》,载《中国法学》2018年第4期。

^⑤ 详细论述,参见秦小建:《政府信息公开的宪法逻辑》,载《中国法学》2016年第3期。

^⑥ 参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第三卷第一章“政府总论”;[英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第九章“论政治社会和政府的目的是”。

^⑦ 参见[法]涂尔干:《职业伦理与公民道德》,渠敬东译,商务印书馆2015年版,第53—56页。

^⑧ 参见[美]查尔斯·蒂利:《资本、强制与欧洲国家(公元990—1992年)》,魏洪钟译,上海人民出版社2012年版。

nation)模式过程中的核心功能从未缺席。这一支配功能,伴随着对二战后新兴国家转型的思考,在国家中心主义的浪潮中被演绎到极致。^⑨ 国家中心主义以国家自主性、国家偏好、国家能力等概念设置将国家人格化,使国家成为一个“能够战略性评估自身处境、进而根据自身利益最大化原则采取行动的单一行动者”。^⑩

那么,为何这一整体性观念在中国如此强烈,并渗入国家治理实践?大一统的传统儒法国家结构是民众观念的总体背景。但更重要的原因或许在于,中国和西方国家形态的历史变迁存在着重大差异。西方现代国家建构路径虽各不相同,但一个普遍经验就是,均首先强调国家权力的集中,而后伴随着工业化的兴起,社会分工体系完善,公民权利勃兴,先前以整体性为优先的国家权力集中逐步走向合理分化,从而引发国家体制顺应时势的阶段性调整。^⑪ 在西方,“民族”与“国家”,是一个相互支撑的双重建构过程。因而,在现代资本主义体系发展到一定程度后,“国家”就从整体迈向了功能分化。

中国“民族”和“国家”的关系则不同。近代民主革命试图通过建立现代国家来实现民族救亡。“国家”作为革命伦理被构建,被赋予了终极价值。这是中国国家形态的初始限定。在没有社会自主秩序的情况下,这一整体性的国家形态很难主动超越这一初始限定。并且,由于近代革命的反复性,动员型的国家建构模式始终处于主导地位。这就缺乏足够的时间和空间,向以制度为中心的现代国家转型。反而在数次革命中,“国家”的道德化观念不断被强化。^⑫ 改革开放后进入常规治理,但偏向经济绩效的发展导向,虽一定程度上推动了社会自主秩序的形成,仍无法为形式上已初具框架的现代国家体制提供充足的意义支撑和文明担保。

就民众的认知而言,一方面,在动员型的整体氛围中,难以获得一种具有制度意义的现代国家观念感受;另一方面,由家国记忆、个体境遇和转型阵痛所叠加的民众观念,似乎对各种争议的国家观念都有一定程度的同情感,与此同时也会伴生出诸多困惑。在这种复杂的纠结下,民众更倾向于以私人感受简化对国家的理解,以私人导向(但冠之以对国家的道德理解)评价国家的作为,以私人立场表达对国家的期待。国家的公共性认知被相对化、碎片化,有关国家的理解难免表面化、肤浅化,亦由此趋向工具化、功利化。

在民众情绪化认知的裹挟下,加之治理绩效考核的压力传递,部分国家治理过程的工具导向愈演愈烈。其后果是,国家的科层组织原理被无视职权分工的维稳式治理冲淡,国家统合的根基被片面的利益满足消解,国家理性被国家工具主义俘获。而这势必进一步强化民众对国家的误解,以致陷入某种程度的恶性循环。这不遑说是一种深重的国家治理困境。

十九大以来,五位一体协调发展的“富强民主文明和谐美丽”现代化目标业已确定。当这一共识性的国家目标被宪法确认后,如何通过优良的国家体制安排,将其转换为公民成熟的现代国家理解,据此构建内在于现代国家的文明秩序,就成为了紧迫议题。在此意义上,国家治理体系和国家能力现代化建设,正是回应这一复杂议题的抓手。

但应注意,框架性的治理体系建设并非根本,因为改革开放后的常规化努力已经构造了相对完备的国家体制。关键在于,在国家体制内部,如何通过合理的结构分化,来容纳国家与人民、政党、公民、社会等主体的关系,从而形成一种既承认多元、又有能力整合多元的规范性秩序。将宪法体制作作为“国家”的规范表达,才能将传统的群众动员转化为制度化的治理,从而经由国家体制输出一种稳定的规范性理解。

二、宪法体制作作为“国家”的规范表达

现代国家本身是一项复杂的事实。它的建构过程无法回溯到某种普遍适用的解释框架,其目的也不能

^⑨ 参见[美]彼得·埃文斯、迪特里希·鲁施迈耶、西达·斯考切波编:《找回国家》,方力维等译,生活·读书·新知三联书店2009年版。

^⑩ [美]乔尔·S·米格代尔:《社会中的国家:一种为支配而斗争的分析路径》,杨涛译,载郭忠华、郭台辉编:《当代国家理论:基础与前沿》,南方出版传媒、广东人民出版社2017年版,第97页。

^⑪ 吉登斯清晰梳理了传统国家、绝对主义国家和民族国家历史变迁的阶段性规律。参见[英]安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,胡宗泽等译,上海三联书店1998年版。另可参见[德]埃利亚斯:《文明的进程》,王佩莉译,上海译文出版社2009年版。

^⑫ 参见项飏:《普通人的“国家”理论》,载《开放时代》2010年第10期。

被归纳为某种简单的构想模式。^⑬这是因为,规范意义上的国家与作为国家秩序基础的社会之间,既有密切的互动,亦有激烈的对抗。社会始终自主存在,国家统一秩序源于社会的相对自足。但国家可以通过改造社会展现国家自主性和国家能力,推进国家目标实现。由此必然形成国家与社会的竞争和对抗。这种对抗竞争伴随着社会自足程度与国家自主能力的力量对比而呈现动态性。任何一种理想模式都因其静态性,注定无法适应这一动态过程。怀有理想的理性设计尚且如此,遑论由私人主导的情绪化国家理解了。

在这一视角下,导入国家与社会的复杂互动关系,并以结构化的体制设计,回应和超越特定时空下的价值诉求,成为思考国家问题的有效进路。齐佩利乌斯指出,政治系统的重要特征产生于有组织结构中,同时在民主的“回授作用”的制度性支撑下,保有针对情势变化进行转型和调整的能力。^⑭他形容道:“政治就像一个生动的过程,它需要持续地对系统要素进行适宜的‘调整’……调整至某种,例如最有益于总系统的状态,或者至少能够使总系统继续存续的状态。”^⑮

宪法是国家组织规则的规范化和体系化表达。^⑯在逻辑上,宪法的首要任务不是限制权力,而是构造国家,使国家成为一个政治统一体。宪法构造国家,在逻辑上分解为以下四点:1.个体为何组建国家,这涉及到国家的目的和所组建国家的性质;2.为实现目的,国家应如何组织;3.国家组织后,应当如何运行;4.国家如若无法实现目的,应承担何种国家责任。宪法构造的国家,在规范上表达为宪法体制。在现代国家,宪法体制是主权者人民、政府、社会、公民之间的动态关联及由制度联接起来的组织形式。以图式表达,即“人民主权—代议政治—国家机构—公民”的循环结构。

作为国家的规范表达,宪法体制所蕴含的主权者人民、国家机构、社会与公民的结构化关联,容留和保存了各个主体在不同目标引导下的行为进入国家的渠道,从而以总体意志的协调内在地消解对抗。体现为四大结构性安排:1.依托主权结构进行社会意志整合、共识凝聚和正当性获得,形塑国家目标;2.以主权输送正当性,构造政体和治理结构,经由民主立法程序将主权意志转化为国家意志;3.以“立法—执法”的国家决策及其实施,将国家意志转换为立法,通过执法实现对公民权利的保护;4.以公众参与和社会组织,型构公共领域,在此基础上构建“公民监督—公众(社会)监督—议会控制—主权救济”的监督体系。

在国家与人民的关系上,一切国家行为均源于人民的正当性授权。然而,将国家视为抽象整体,只能停留于“正当性授权—行动”的形式化传递,却无法使国家行动内在地受到“正当性授权”的制约与规范。尤其当社会力量形成对国家的巨大压力后,不同层级的机构和不同职权的部门所作出的反应,很难协调成为传递正当性授权的连贯系统,乃至出现彼此冲突,这将消解正当性授权的现实认同。在宪法体制的结构中,至少包括正当性的代表机制、正当性的守护机制、正当性的行动机制,由此将正当性内化于宪法体制的各个构成和相互关系中。

在国家与社会的关系上,国家治理应与社会保持动态性同步。在宪法体制框架下,导入了不同国家机关与社会在不同环节的联接。这一结构性的安排,界定了社会和公民参与对不同国家机关的不同影响,使其整体上服务于国家目标的制度化实现,也明确了社会和公民参与在不同逻辑下和不同环节下的功能。

在国家与国家机构的关系上,各个国家机关位于政体及治理结构的一个环节,依据职权配置原理承担相应职权。作为国家权力的有机构成,各个国家机关在主权意志转换为国家意志的过程中各司其职,同时受到来自于其他国家机关的配合和制约。这是国家治理的复杂性所在,也是应对复杂社会的科层理性彰显。

在国家与公民的关系上,公民首先是守法者,须服从国家机关执行法律的行为,由此必然形成执法强制与公民服从的对抗。虽然在执法过程中可经公众参与形成政府与公民的有效沟通,但政府毕竟受制于作为执行机关的定位,无法超越这一角色与公民形成深层沟通。尤其在法律不完备的情形下,政府无权调整法律,受限的沟通显然无法消解对抗。这也正是“政府”不能等同于“国家”的深层缘由——国家所具有的与公民沟通的机制及其功能,是作为执行机关的政府无法具备的。宪法体制设置了国家与公民的两个沟通机制:

^⑬ 参见[德]齐佩利乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第26—27页。

^⑭ 同上注,序言部分。

^⑮ 同上注,序言部分。

^⑯ 参见刘茂林:《中国宪法学的困境与出路》,载《法商研究》2005年第1期。

一是国家通过民主审议程序与人民的民主沟通过程,二是公民汇聚成的公共领域对政治过程的压力传递和信息输送过程。在功能上,上述机制的存在,使作为守法者的公民的意志能够输入到立法过程,使政府执行的法律充分体现守法者意志。由此,在促进自觉守法的同时,亦可降低政府与公民因立法偏颇所致的对抗可能,在更高层面上追求“公民守法不过就是在服从自己意志”的理想治理过程。此外,宪法体制中的多重执法监督也可有效防范执法恣意。由此可见,宪法体制关于“国家—公民”关系的结构视野,可避免单向的二元对立,也可避免因对抗而发生的公民认同流失,强化国家秩序的自足。

总而言之,宪法体制是基于特定的价值体系,对国家政治统一性的框架表达和体制凝练。宪法体制经由主权结构的主权意志凝聚,汇聚了国家的基础共识,从而将社会共同体中的多元力量统合起来。在此基础上,通过治理结构的运行,对在具体领域中的多元诉求进行议题化的整合,进一步维持国家在多元前提下的内在一致,形成了一种可预期、可守护的宪法秩序。

在当代中国,以监察体制改革为先导,十九大以来密集展开的政府机构改革、政权组织形式调整与党和国家机构协调改革等三个层次的调整,已触及社会主义现代化国家如何组织这一根本命题。其核心在于,执政党领导人民的主权结构如何与法治化治理结构形成一脉相连、分殊有序、协调有度、动态循环的现代中国宪法体制,并以此达致社会主义国家初始形态与现代化国家愿景的融贯。具体而言,中国宪法体制的构造,包含以下三大结构及其对应议题:执政党领导人民的主权结构制度化,以人大为中心的政体及治理结构优化,以及由社会建设推动的基础结构塑造等议题。

三、党领导人民的主权结构规范化

中国宪法序言确认了革命建国、建设立国、改革强国的国家建构逻辑,贯彻了人民作为国家主人的主权法理,阐明了中国共产党领导人民的主权结构,描绘了“民主富强文明和谐美丽”的社会主义国家目标,并在序言和总纲第一条明确了人民民主专政的国家性质。^① 总体而言,宪法在规范上对社会主义现代化中国进行了初步建构,并具体构造为政治(党的领导与一切权力属于人民所有)、经济(全民所有与国家所有)、文化(社会主义精神文明建设)三个维度的国家体制。

不过,宪法阐述了党领导人民的主权法理,但侧重于对党领导人民的正当性叙述,没有清晰展现“执政党—人民”这一主权结构的规范逻辑。在具体问题上,执政党作为先锋队如何领导人民,作为主权代表如何以常态化的制度机制保证党和人民意志的统一,如何在与群众的制度关联中让人民成长,如何防范与人民意志发生背离,等等,均停留于政治话语与政治路线的层面。这种状况表明,“执政党—人民”主权结构的制度化水平尚待提高。其后果是,这一主权结构未能充分嵌入宪法体制,甚至被视为冲击常规治理的“法外秩序”。

“执政党—人民”的主权结构,将执政党作为国家统合基础,试图走出近代以来家国伦理结构消散、而作为替代的个体主义无所依归的国家统合基础危机断裂。所谓救亡图存,并非来自外敌威胁,而是根本性地源于国家内部的分崩离析。中国共产党作为新的统合基础,以“社会各阶级在国家中的地位”为标准,将无产阶级领导的人民民主专政确定为国体,在此基础上以爱国统一战线团结其他阶层,在将执政党权威正当化的同时,亦实质性地描述了国家理想,由此契合了“一切权力属于人民”的主权原理,在阶级斗争论的基础上丰富了阶层团结的国家统合任务,完成新中国的建国使命。

问题在于,在阶层分化且日趋多元的当下,如何以主权结构的制度化,完成动态性的主权意志整合和持续性的国家统合。相对于革命时期的精英引导和意识形态动员,在多元主义新时代,更强调“执政党—人民”二元间的双向沟通,自上而下的主权宣示要与基于个体福祉的人民认同相贯通。这不仅是执政正当性维系的现代命题,也是新时代协调阶层诉求的根本路径。贯通的中枢在于执政方式的现代转型,取决于主权结构嵌入宪法体制的三大议题:

^① 对现行宪法中“党的领导”的规范梳理和阐释,参见秦前红、刘怡达:《中国现行宪法中的“党的领导”规范》,载《法学研究》2019年第6期。

(一) 政治协商与群众路线宪法化

社会主义协商民主是执政党凝聚人民意志的民主方式,主要包括政治协商和群众路线两大机制。目前政治协商已具有较高程度的组织化和制度化,但需要明确其在宪法主权结构中的功能定位。主权层面上的政治协商,首先是执政党基于先进性的主权代表身份,对其所代表的工农阶级的意志整合,进而经由多党合作与政治协商的爱国统一战线平台,凝聚起全体人民的意志。政治协商的宪法功能在于,促成执政党在形成国家总体战略时对各阶层的多元诉求进行深度权衡,以此对具体立法议题形成“基础规范”的约束。群众路线表达了执政党凝聚人民意志的方式方法,但尚未进行规范层面的制度化。相较于政治协商的定位不清,群众路线游离于中国宪法体制之外,并未进入规范宪法学的研究视野。^⑮ 在制度逻辑上,群众路线首先作为公民批评建议的方式和载体,将公民意见汇聚为“群众”意志,通过党的层级组织,反映在执政党意志的调整中。在宪法体制的视角下,上述过程实则联接了公民具体意见、社会公共舆论和主权意志,展现了“执政党—人民—公众—公民”的循环逻辑。由此,群众路线将“人民”具化为具有丰满诉求的“群众”,立足于“从群众中来,到群众中去”这一执政党与人民的动态关联,为主权意志注入了实质诉求,一定程度上可消解抽象主权的虚幻,同时以批评和自我批评避免主权代表的专断。这是中国特色社会主义协商民主的制度意蕴所在。

(二) 执政意识形态和国家目标宪法化

意识形态是执政正当性的思想根基。按照马克思的描述,意识形态的形成应当源于人们的现实生活过程,与现实生产力相适应,是一个“从人间升到天国”的过程。^⑯ 当代中国意识形态的认同困局,在很大程度上由于陷入了马克思所言的“从天国降到人间”的反向过程,更多依靠自上而下的单向传播和精英示范。实际上,宪法序言明确表达了执政党领导人民的意识形态体系,从历史正当性(建国)、现实正当性(现代化建设)和国家目标(经由改革实现“富强民主文明和谐美丽”的社会主义国家),有层次地论证了“中国共产党领导中国人民”的主权法理。立足于制宪这一主权意志汇聚的民主过程,历次修宪对意识形态的确认,实质上承载着“从人间升到天国”的唯物主义意识形态观。在此基础上,正视执政党意识形态对宪法序言的内化,确立“执政党意识形态—国家目标—宪法价值体系—宪法规范体系”的宪法解释和宪法实施结构,以立宪民主重塑执政意识形态,形成执政党与人民基于制宪程序的沟通,从而推进意识形态认同和宪法实施的双向互动。

(三) 以党内法规建设促进执政现代化

依托政治逻辑和政治方式的党的领导和执政,面对的是具有共同诉求且意志同一的同质性人民。^⑰ 而在执政党内部身份范围扩展(从工农联盟向先进性阶层代表)和阶层日趋多元的现实背景下,传统执政方式无法有效实现多元整合。以统一规则为导向、程序主义为机制、普遍适用为标准的法治是现代多元社会的基础性秩序维系方式,亦是多元整合达致公共利益的基本路径。^⑱ 党内法规建设的目标指向执政法治化,推进党的领导向适应多元社会的执政方式的现代化转型。基于“执政党—人民”主权结构及其在宪法体制中的定位,党内法规建设应当包括三个维度:1.党内民主机制、党的组织体系和纪律机制建设;2.党与群众关联的制度化建设;3.党的意志转换为国家意志的制度机制建设,包括贯彻机制、领导机制、监督机制和责任机制。还应注意,由党内法规建设促进的执政现代化转型并非单向,它显然不能与作为党的执政生命力的政治传统和政治路线相割裂,因为法治并不能完全涵括执政党的政治逻辑。尤其在执政党的意识形态和思想整合领域,法治无法直接涉及。当下的问题是,如何寻找到政治逻辑与法治逻辑的契合点,促成党内形式法治与实质法治的融合。这一问题,构成党内法规建设和作为指向的执政方式现代化转型的核心追问。

^⑮ 王人博教授认为,“建设者”在宪法上的现代功能身份与政治身份的二元构造,是作为党的领导方法的群众路线在新的现代化进程中的调适性变化,由此可对“群众路线”这一政治动员方式进入宪法规范话语提供规范性思路。参见王人博:《中国宪法的椭圆结构——“八二宪法”中的“建设者”述论》,载《文史哲》2018年第2期。

^⑯ 参见《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第73页。

^⑰ 参见毛泽东:《论人民民主专政》,《毛泽东选集》(第4卷),人民出版社1991年版,第1475页。

^⑱ 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,凤凰出版集团、译林出版社2008年版,第54—70页。

四、以人大为核心的政体及治理结构优化

宪法第二条、第三条和第三章确立了以人民代表大会为核心、由“一府一委两院”组成的政体和治理结构。人民选举代表组成人民代表大会,表达了主权者人民与政体的关系。结合主权结构,这一关系可表达为“执政党—人民—人大—国家机构”结构。理解这一结构,核心在于执政党领导人民的主权结构与以人大为核心的治理结构的有序分野。^② 具体而言,由主权结构所凝练的“富强民主文明和谐美丽”的社会主义国家目标,如何塑造人大政体?人大政体如何通过适当的治理结构设计来实现这一国家目标?治理结构的现实运行又如何贯彻国家目标?

当代中国政体及治理结构面临两大难题。其一,主权结构对治理结构的侵入。改革开放后,群众动员型的主权贯彻方式被以法制体系建设和法治化治理替代。主权意志通过人大转化为国家意志,由国家机构按照分工负责的原则进行落实。主权借此传递权威,但不直接介入治理过程。不过,主权结构对治理结构的干预仍然存在,体现为三个方面:1.主权意志未经人大转换,直接成为治理依据。部分国家机构实施的改革,虽在党的政策中有明确安排,但尚未在人大立法或决策层面进行具体部署。这一情况看似很正常,但在宪法体制层面,一定程度漠视了国家治理的程序逻辑和体制安排,也忽略了人大对主权意志的议题化转换所发挥的重要功能。2.专业治理逻辑向群众政治的妥协。治理过程遵循以证据规则、程序主义和法律适用为基础的专业逻辑。在如今已成普遍难题的信访治理中,面对大量的复杂诉求,迫于维稳压力,基层政权往往倾向于简化事实认定、程序运行和法律判断,试图在最短时间内平息矛盾。这种由政治权威主导的简约治理,强化了信访人“信访不信法”的行为选择。治理结构设置的常规救济机制被卷入“领导包案”和“维稳联动”的综合治理体制。信访延续着群众政治的传统方式,干扰和破坏了治理的专业逻辑。3.群众动员对国家机构职权分工体系的冲击。由于政治传统的路径依赖和转型期治理策略的需要,以群众动员为基础动力的传统方式,仍受到广泛青睐。虽然群众动员并非当前治理过程的常态,但局部或特定阶段的群众动员,仍说明了常规治理结构的不稳定。并且,向群众动员的回归,一定程度体现了对常规治理能力的不信任,以及对常规治理耐心的缺失。这可能是治理结构的隐忧所在。

其二,政体组织和治理结构运行的逻辑不明确。与西方国家不同,中国的政体置于“执政党—人民—人大”结构,须首先阐明执政党、人大和国家机构在宪法体制中的结构性关联。经典分权原理不考虑与执政党和主权结构的关联,对此无法解释。议行合一和民主集中制原则,侧重于政体组织原理的阐述,未对治理结构的体系逻辑进行系统表达。从形式上观察,人大和国家机构的关联弱化,使人大政体对治理结构的意志输送和监督受到限制。国家机关间的横向配置原则不够清晰,导致国家机构的内在整合有所欠缺,不仅难以形成治理合力,且常常引发职权抵牾,从而影响治理绩效。此外,党的机构和国家机构的合署办公和职能整合、部分国家机构事实上的政治强势等问题,均在不同程度上加剧复杂性。^③

以人大为核心的政体选择和治理结构优化,须回应如下议题:

(一)人大的议题化转换及平衡

在宪法体制中,人大是人民行使国家权力的机关。人大作为权力机关所享有的国家事务决定权,并非源于自身意志,而是来自“人民—人大代表—人大”民主结构对人民意志的传递。因此,理解人大功能,应将其与主权结构关联,置于“执政党—人民—人大”结构中。一方面,人大是执政党领导人民所凝聚的主权意志转换为国家意志的制度平台,构成主权结构向治理结构的意志输送管道。另一方面,在主权意志的总体框架下,人大须对相对宏观的主权意志进行具体领域的议题化转换。人大对主权意志的议题化转换,是主权统合完成后,在具体治理过程中的领域整合,发挥着重要的议题化平衡功能。它依托民主审议程序,在各个领域

^② 有观点将此归纳为“双轨宪制”。但“双轨宪制”是一种经验描述,“双轨”不足以阐明主权结构与治理结构的关系。关于“双轨宪制”的观点,参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,载《法学研究》2014年第3期。

^③ 近年来,学界对于政法体制和党政结构的研究,大大丰富了对这一问题的研究。参见黄文艺:《中国政法体制的规范性原理》,载《法学研究》2020年第4期;侯猛:《当代中国政法体制的形成及意义》,载《法学研究》2016年第6期;王浦劬、汤斌:《当代中国治理的党政结构与功能机制分析》,载《中国社会科学》2020年第9期;等等。

进行符合主权意志的具体分配,力图将公共资源均等化地配置到不同阶层和不同领域,促进多元利益在不同领域的均衡性整合,以实现总体性的社会公平。在阶层日益分化的当下,人大的这一功能必将高度凸显。若人大的这一功能无法发挥,即使有高度统合的主权意志的支持,也不可能实现有效治理。

人大议题化平衡功能的发挥,须以个体的身份多元和利益多元为前提。这是因为,在具体领域的资源分配中,身份单一及由此造成的利益单一,势必导致绝对的强势或弱势。而身份多元和利益多元,保证了个体不至于在他所涉及的所有领域中都成为少数。同一主体在多数和少数间的议题化翻转,打破了绝对强势或绝对弱势的利益固化。可见,人大这一功能的发挥,与阶层流动及由此维持的身份多元和利益多元密切相关。因此,对于人大而言,宪法为维持阶层流动所设定的制度机制尤其关键。这一机制包括促进阶层流动和提供底线保障两个方面。前者是指基于平等权的社会公平竞争机制,后者则是基于社会权利的社会保障机制。还应注意,不合理的立法或公共政策,也会导致某个群体的利益受损,由此产生与自然弱势相对应的法律弱势。在此意义上,针对立法和政策是否公正分配资源的宪法审查机制,是防范阶层固化的重要宪制安排。

在宪法体制中,唯有人大才能发挥这一功能。这源于人大作为权力机关的民主性特质。行政机关虽可保证资源分配的专业理性和高效率,但其分配程序缺乏民主性,无法让各方充分参与并协商,更无法进行民主选择,因而自然无法达成该领域的阶层平衡及与其他领域的议题化平衡。据此而论,人大这一功能的发挥,须以如下两点为基础:一是具体议题中民主审议程序的正常运行,二是“代表—人大—人大常委会”民主结构的正常运转。前者广受重视,而后者则相对被忽略。实际上,人大常委会作为常设机关,在代表和人大因客观原因有所虚化的情况下,如何保持与代表意志的紧密关联,并受到代表的有效监督,是维系人大民主性的核心问题。围绕于此的诸多制度设计命题,值得关注。

(二)治理结构的体系逻辑

彭真认为,政体选择的标准有三:一则在于落实主权结构,“使全体人民更好地行使国家权力”;二则在于强调治理效能,“使国家机关能够更好地领导和组织社会主义建设事业”;三则在于讲究分工协调效率,“使各个国家机关更好地分工合作、互相配合”。^④ 循此标准,在人大政体下,治理结构可提炼为“立法—执行—监督”的体系逻辑——立法落实主权意志,执行贯彻立法意志,监督督促及时正确执行。

立法权和重大问题决策权属于人大。在法治国家,义务(职权)法定是基本遵循,立法是权利义务分配的主要形式。所谓“重大改革于法有据”,是指涉及公民义务增加、权利减损或职权增加的改革事项,须首先在立法层面确定依据;在此基础上,遵从立法规定和精神,制定具体改革措施。这符合广义的法律与政策关系的一般理解。当代中国采取一统多元的立法体制,这是适应大规模多层级国家法治化治理的现实选择。立法权限对应于立法主体在宪法体制中的职权定位,立法权限划分是立法体系有效运转的基础制度。立法权限划分不清,将引发越权立法、重复立法等立法无序现象,更可能导致宪法体制的结构失衡。理解立法权限划分,有两个维度:一是人大立法和行政立法的权限划分。前者的权限是“不抵触”,后者是“依据”。所谓“不抵触”,是指上位法已有规定,依据上位法规定进行具体化;上位法没有规定,在不与上位法抵触的前提下,有权自主决定。这是人大作为权力机关拥有自主决定权的宪法定位之彰显。所谓“依据”,是指在上位法规定的前提下,为更好地适用法律而制定具体执行的规则。它无权自主创设规则,这符合行政机关作为法律执行机关的宪法定位。二是上下级立法权限划分。地方性法规除依据上位法进行执行性规定外,有权针对地方事务进行自主规定;地方政府规章仅为执行性立法,没有上位法依据,不得设定义务规范。应注意,赋予设区的市立法权,不是赋权,而是限权。其目的是为规范地方“红头文件”决策恣意,将地方决策纳入立法程序,以立法程序和备案审查促进地方治理的法治转型,最终指向以地方民主立法过程为基本、中央立法程序控制为主线的央地权限划分的法治化格局。

法律的执行权分属行政和审判,二者均遵循“查明事实+适用法律=执法结果”过程。行政权负责落实法律安排,在必要时介入私法秩序,弥补私法不足。审判权负责依法裁判私法纠纷,惩罚危害社会的犯罪。

^④ 彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,载《彭真文选(1941—1990)》,人民出版社1991年版,第454—456页。

同时通过行政诉讼监督行政机关依法执法。基于社会的复杂性和立法的相对笼统性，赋予行政和审判一定的规则创设权，但应注意二者的权限均为“依据”——它们无权自主创设分配权利义务的规则。当下问题是，应明确限定执行权的规则创设权限，并以行政立法和规范性文件的合法性审查来落实监督。同时，与立法不同，执法过程混杂着环境、目标、动机、策略、意外等多重因素，执法行为面临着合法性评价和绩效考核的压力，执法者也会受执法能力和利益的影响。因此，执法对治理结构的系统性、协调性、多样性有较高的要求。此外，执法过程应当保持与立法监督的有机衔接。立法确定的程序和规则为执法设定了基本遵循，立法的不完善必然增加执法成本，降低执法效果。在制度上，由人大常委会进行的执法检查，既是执法监督机制，也是发现执法中的立法问题并将其与立法监督相衔接的机制。

监督机制的设置，旨在督促立法和执法的有效运行。监督包括立法监督和执法监督。立法监督可分为针对法律的合宪性审查和针对行政法规、地方性法规、规章的合法性审查。《立法法》第 97 条初步构建了立法监督机制。执法监督包括两个层次：一是与法律执行权并行的法律监督；二是政体层面的人大监督。法律监督区分为人员监督和行为监督。监察体制改革后，监察机关专司人员监督，检察机关专司行为监督。在此基础上，建立人员监督与行为监督联动机制，促成治理结构在法律监督环节的优化。人大可依据《各级人大常委会监督法》对国家机关的行为进行专项工作报告、执法检查、特别问题调查、询问质询等监督。应当说，中国宪法体制中设置的多种监督方式，已经覆盖了宪法体制运行的全部环节。但是，如何厘清监督体系的逻辑，形成监督合力，仍是重要问题。监察体制改革的初衷，除实现监察全覆盖外，就是以设置监委会为契机，整合监督力量，力图实现监督体系的贯通。这是《监察法》实施所应具备的宪法体制面向。但也应注意，多种反腐职权进入监委会后的监委会内部如何整合，行政监察职权转隶所造成的行政机关内部监督缺位，其他监督方式为适应监察体制改革如何进行顺势调整等问题，仍须在后续改革中积极探索。

（三）基于公民监督的治理结构与主权结构的循环

公民是国家治理的服从者。在作为秩序服从者的公民一端，设置一种可以启动对治理结构进行监督的机制，衔接国家监督，极为必要。

在中国宪法体制中，公民监督有两种路径：一是基于权利救济的申诉控告检举，在制度上对接治理结构下的常规救济。当穷尽常规救济后，可在一定条件下启动人大监督。人大监督不直接处理纠纷，只针对常规救济的法律适用问题和职权行使进行合法性审查，以监督助力常规救济。虽然“常规救济—人大监督”已基本维系了治理结构的自足性，但仍有对人大立法及其监督职权的行使是否符合主权意志的审查要求。在此意义上，存在“合法性审查—合宪性审查”的递进。

二是不涉权利救济的批评建议。公民的批评建议，一方面可汇聚为公众舆论，形成对治理结构的民意压力；另一方面可在特定条件下与群众路线相结合，通过执政党意志来促进治理调整，回应公民诉求。这实际上是“执政党—人民”主权结构对治理结构的主权权威彰显。上述过程，由公民监督权启动，在逻辑上跳出“治理结构—公民”的单向服从关系，形成“公民”向“公众”“人民”的逐步回归，依托公共舆论和主权权威，给治理结构下的立法和执法施加压力。



图一：公民监督权的运行逻辑

由上可见，公民监督权构成“公民—政体（治理结构）—主权”彼此联接和动态循环的枢纽。这一循环结构，从公民和主权权威两端，对治理结构施加压力，试图克服治理结构可能陷入的“理性牢笼”。在这一循环中，隐没于政体之后的主权权威，可在特定条件下由特定方式出场，由此保持了主权结构对治理结构的恒在

压力,也避免了主权者出场的民粹风险和无组织化暴力。不过,还应注意,公民监督权行使,并不必然导致主权出场。如果前序环节可解决问题,自然无须回归主权。就此而言,对治理结构而言,应强化其回应功能,提高常规救济的纠纷解决能力。其目的就是尽量避免主权出场。毕竟,即使可以制度化的方式加以控制,回归主权结构仍有诸多不可预测的风险。

五、以社会建设为动力的基础结构塑造

在宪法体制中,主权结构的主权整合和代议政治的社会整合,是国家的两种社会整合方式。但整合是逻辑上的,并不消灭现实差异。社会依然保持本体性的存在,既是国家秩序的原生力量,亦是国家秩序的解构力量。在当代中国,如何在国家秩序的总覆盖中释放社会力量,又要对日益多元的社会保持伸缩有度的适度整合,在维持其多样性的基础上将其协调并存于国家目标的统摄之下,构成宪法体制的重要议题。

依据社会的功能标准,社会可类型化为自治性的社会领域和公共性的社会领域。前者由市场机制型构,其功能在于经由互惠合作满足个体需求。后者包括实体性公共领域,即由公民联合而成的社会组织,也包括虚拟性公共领域,即依托言论自由和公共媒介形成的公共空间。其功能在于凝聚个体共识,整合个体力量,架构国家与公民的沟通桥梁。在当下中国,社会大致由三者构成:一是由基本经济制度塑造的经济社会;二是个体汇聚而成的公共领域,包括实体性社会组织和虚拟性公共舆论;三是作为个体联合的集体生活单元,主要指基层群众性自治组织。

(一)法治经济建设奠定宪法体制的经济社会基础

社会主义市场经济的发展,孕育了具有一定自主性的经济社会。它摆脱了计划经济塑造的“单位制社会”束缚。但由于民众整体观念变迁的相对滞缓,这一具有相对自主性的社会力量还未获得充分认知。十八大以来的全面深化改革强调市场在资源配置中的决定性作用,是执政党领导人民的当代主权决断。它意味着治理结构须据此完成与主权结构的系统调适,促进市场在资源配置中发挥决定性作用,深化经济体制改革,建构现代化的国家治理体系。在此意义上,“法治经济—法治社会—法治政府”的多元共建,具有相同指向,即由宪法体制对市场经济的需求体系进行有效回应,重塑国家主导与社会相对自主的新型关系。

由法治经济促进社会成长的路径有两个方面:一是建立解决市场经济的共通性问题的法治框架,二是建立解决市场经济发展独特性问题的法治技术。^⑤就前者而言,治理结构的调整首要在于以“放管服”改革为核心的法治政府建设,通过转变政府职能和机构设置调整,规范政府与市场的关系,进一步释放和培育市场的自主力量。

就后者而言,社会主义市场经济的独特性较为复杂:它不是私有制的,而是以公有制为主体的多种所有制,这是中国的社会主义性质决定的;它并非自生自发的,而是充满建构理性色彩的培育,这是近代中国市场基础薄弱的现实和富强的国家使命共同决定的;它并非完全由自由理性个体间的契约构成,而是受到各种关系网络的影响,这是由关系本位的中国传统社会性质决定;它并非统一平等的全国市场,市场资源的流动还面临着城乡二元结构的挑战。

回应独特性的法治技术创新关涉宪法体制的整体联动。以公有制的法治制度创新为例,“国家所有,即全民所有”的宪法宣示,表达了主权结构中的“国家”与“全民”的价值同构意蕴。其规范涵义在于,如何以国家体制安排来实现国有公共资源的分配正义。遵循主权原理,“全民所有”作为主权宣示,不直接行使主权利力,也无法进行直接的数量化分配。在宪法体制中,通过具体领域的立法分配公共资源,将“全民所有”具化为每一个公民在特定领域的公共福祉,是实现公共资源分配正义的基础程序。这是中国立法重要且独特的使命。同时,“国家所有”还面临作为主权意旨的民主价值与作为经济追求的效益价值之间的冲突。如何在治理结构中通过公有制管理和运行体制的结构创新来消弥这一冲突,是人民主权在经济主权维度的彰显。目前由自然资源许可使用体制、土地资源“所有权—使用权”的二元产权设计、国有企业经营体制构成的公有制管理运行体制及其改革,很明显不能偏于“效益”一端。如何以民主性贯彻“全民所有”的共享价值,矫正少数人获益的分配结构偏差,构成当下紧迫的改革议题。

^⑤ 参见谢海定:《中国法治经济建设的逻辑》,载《法学研究》2017年第6期。

尤应指出，法治经济建设还应遵循经由宪法表达的“常识”及其体制约束。经济发展是一个极富创造性的自由过程，它天然排斥外在限制；但越是强调自主，就越应受到“常识”规约。对于经济建设而言，劳动创造价值，可谓“常识”。宪法确认劳动权和以按劳分配为主体的分配制度，是对此“常识”的宪法制度表达。在法治经济建设进程中，当前的两个宪法议题应当凝练为：一是遵循“劳动既是一项权利，又是一项义务”的规范原理，确立劳动是获得报酬的最主要方式，以此推进以按劳分配为主体的分配制度改革，抑制投机行为对经济基础的侵蚀；二是建立以劳动的社会贡献率为基准的收入分配基本格局，这是符合宪法经济正义的基础要求，亦是维系社会公平与市场活力的基础性协调机制。

（二）重建公共领域架构国家与公民的沟通桥梁

由于社会在中国宪法体制中的相对独特格局，当代中国公共领域的重建不可能延循理想路径。作为不同阶层联合的群众团体，是中国社会组织的主要构成。在中国主权结构中，群团组织赋予了作为主权者的抽象“人民”以实质性的阶层意涵，在组织框架层面被纳入政治协商框架，从而构成主权协商结构的实质主体。而在治理结构及其运行层面，本应作为国家治理与公民中介的群众团体，却也因此较为偏向“国家”一端，在很大程度上被国家治理吸纳，个体联合的功能受到抑制。而诸多行业组织，大多挂靠在政府主管部门之下，不仅没有助力行业发展，甚至构成阻碍。值得期待的是，在经济相对发达的地区，基于公民志愿和公益精神的社会公益组织正在蓬勃发展。虽困难重重，但这是中国未来公共组织发育的基础动力所在。

进入自媒体时代，中国的公共领域蓬勃发展，充分展示了民意聚合的力量。但难以清除的民粹流毒和网络暴力，致使“劣币祛除良币”的反讽大行其道。加之信息爆炸所致的热点高速转移，反而降低了专注和敏感，制造了表面繁荣但内在空虚的“公共领域”，娱乐、情绪、民粹在其中大肆泛滥。“空心化”的公共领域不过是情绪的集散地，它无法与国家治理形成良好的互动关系。一方面，政府迫于道义压力，往往倾向于以最快的方式解决问题，但无暇以治理体系的结构调整来根本性地杜绝类似问题，自然无法实现公共舆论与制度进步的良性互动。另一方面，当类似的问题再次发生时，人们又陷入情绪之中，久而久之，越来越熟视无睹。最坏的后果，便是在熟视无睹的政治冷漠背后，再无对国家的有效制约，国家与公民越来越疏离。^②

从宪法体制的整体构造角度，作为社会整合和意志凝聚的核心要素，如何发挥执政党在建立国家与公民关联中的作用，是不能忽视的基础制度依托。党领导人民的主权结构不直接介入治理。但在社会治理过程中，将业已凝聚的价值共识作为社会整合的基本来源，在制度上依托群众路线和协商民主，不断发动和组织群众，以此作为公共领域整合的核心引力，无疑构成当代中国公共领域的独特路径。在法理上，公共领域作为主权结构在治理过程中的投射，实际上提示了执政党领导人民的主权结构与执政党主导的公共领域整合在价值上的同源及其实践契合。就此而言，群团工作与群团组织建设的无疑可纳入宪法体制中的“基础结构”。这是一个关于现实政治运行如何升华为宪法体制构成原理的规范命题。

在具体的公共议题治理中，良好的社会核心价值的辐射是理性公共领域的内在精神，但通常会被公共事件短暂激发的情绪所覆盖。作为常态化的应对机制，当无法在具体事件中避免情绪干扰，必要的公开、回应与责任机制是法治化治理的应有之义。

（三）再造集体生活单元厚植社会自治土壤

如果说西方社会依靠看不见的市场之手和宗教信仰实现个体主义社会的双重整合，那么，在中国，从计划型国家脱胎而出的社会，则创造性地通过以自治为导向的集体生活单元再造，完成了与国家分离的社会整合体系的重构。自治性的集体生活单元构成当代中国一种独特的“社会”类型，在宪法体制中发挥着不可替代的功能。

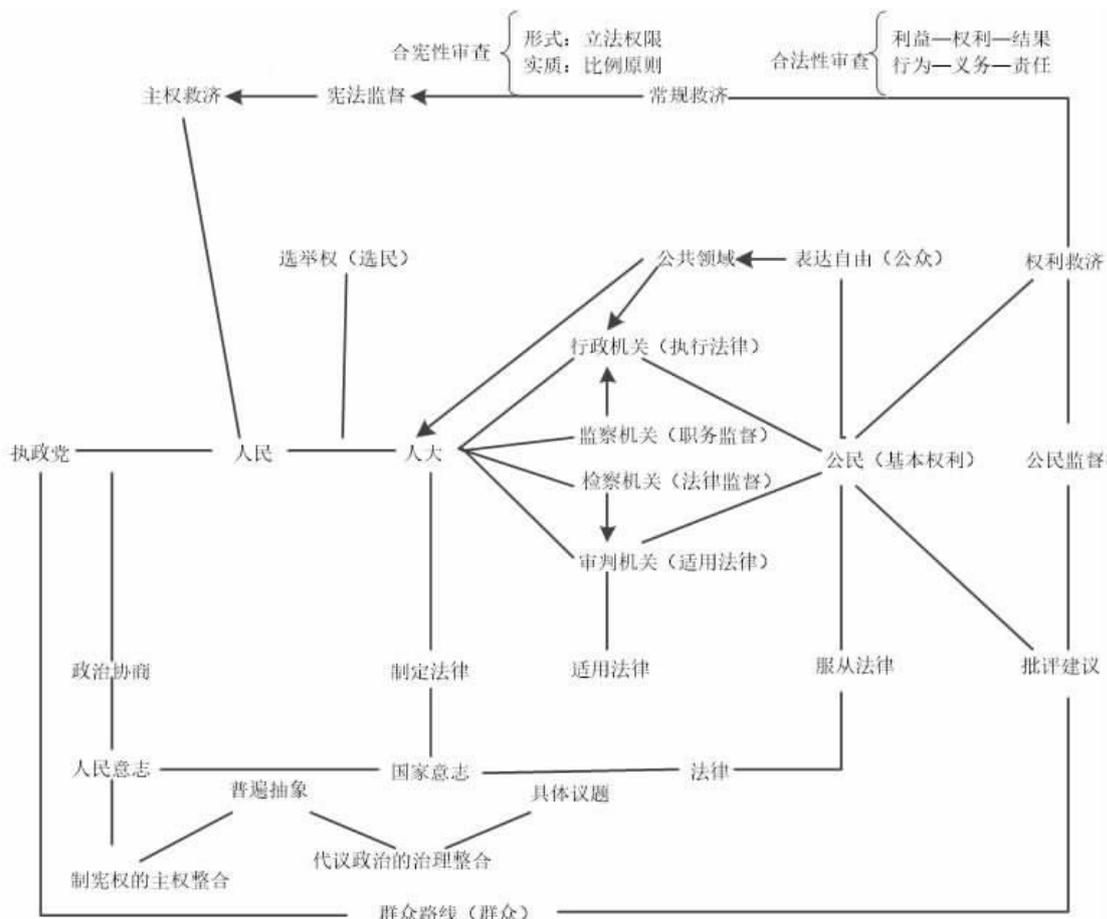
宪法第 111 条规定了基层群众自治制度。基层群众自治组织并非国家机构，但为何要将其规定于“国家机构”一章？这背后是基于当时特定历史背景下国家治理体制转型的现实考量，即通过设立群众自治组织和

^② 参见[加拿大]查尔斯·泰勒：《公民与国家之间的距离》，李保宗译，载汪晖、陈燕谷主编：《文化与公共性》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 212—213 页。

乡政权,改变农村人民公社的政社合一体制。^⑦但从基层群众自治的实践发展来看,在“国家机构”一章设置基层群众自治组织,实则提醒了基层群众自治与国家治理的内在关联。基层群众自治组织的设置,目的在于创造一个训练民主技巧、适应民主生活的制度平台和自治空间,具有三个功能:通过自我管理、自我教育和自我服务,自主办理本村的公共事务和公益事业,实行基层自治;通过调解民间纠纷、协助维护社会治安,维持基层社会秩序,分担国家治理负担;向国家反映村民意见要求和提出建议,发挥国家与村民的沟通功能。

1989年,《居民委员会组织法》颁布,建立了城市居民自治制度。这是在传统“单位制”社会日渐解体的背景下,为满足城市基层自治单元重塑需要,所进行的经验移植。不过,相比较村民自治,居民自治有三点不同:一是自治资源缺乏,居委会既无土地资源,也无居民集体经济;二是自治根基不强,熟人型的老社区正逐渐消失,城市的流动性增强和住房商品化不断加剧着居民间的陌生性;三是自治需求不强烈,与农业生产所要求的互助性不同,居民生活维系于职业组织,生活空间相对自足,公共服务一般采取市场模式。以上三点,决定了居委会更多作为事务性组织而非自治组织的特质。^⑧但这并不意味着城市基层自治失去基础。事实上,较于农村,城市基层自治的形式相对多元。具有共同诉求的业主委员会、城市职业组织和社会组织,均是培植城市基层自治土壤的重要方式。当前应注意的一个问题是,在城镇化背景下,“村改居”将原先的自治单元消解,势必引发基层自治弱化,而其他自治方式又无从跟进。这一问题如不解决,城镇化愈是加快,国家治理的压力便愈大。

综上,中国宪法体制的规范结构,可用下图简要展示:



图二:中国宪法体制的规范结构

⑦ 参见彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》,《彭真文选(1941—1990)》,人民出版社1991年版,第454页。

⑧ 《居委会组织法》第3条确认了居委会的任务,主要是宣传国家政策、协助处理国家事务等工作。与村委会相比,居委会自我管理、自我教育和自我服务的自治色彩相对较弱。

结语

在宪法的视野中,国家有三种面向:一是作为理念(价值体系)的国家;二是作为体制(制度体系)的国家;三是作为组织(机构和职权体系)的国家。理念经由体制而彰显,体制经由组织而运转。对应于此三种面向,宪法学关注的国家命题,也分为三个层次:一是国家正当性、国家形态、国家性质和国家目标等国家根本问题;二是国家组织原理和规则;三是国家机构的职权及其运行。由于作为正当性根基的主权结构的不同理论构想和不同实践,国家形态、国家性质、国家目标也因此存在着明显不同;有关国家的组织原理和规则,也会因此体现差异性。这具体体现在作为“国家”规范表达的宪法体制的组织结构上。当代中国执政党领导人民的主权结构及由此凝聚的国家目标,根本性地决定了中国现代国家组织原理和中国宪法体制组织结构的“中国化”。中国宪法学如何在宪法体制规范结构的总体框架下,从具有中国问题意识的丰富政治实践中挖掘提炼现代国家建构命题,积极探索社会主义国家形态与现代化目标的融贯可能,可谓新时代宪法学研究的志向和抱负。

Abstract: Corresponding to people's understanding of the "extensive moralization" of the state, the overall concept of "state" exists in a wide range of state governance practices. This concept regards the state as an abstract whole, and regards the specific state organs as the embodiment of the whole country. This misunderstanding has obscured the principle of state organization and neglected the constitutional function of the structural differentiation of the state system to introduce citizens' demands, to respond to social pressure and to construct a self-sufficient order. The constitution follows the normative logic of "people's sovereignty — representative politics — state institutions — citizens" in the construction of modern states, and constructs a constitutional system consisting of a sovereign structure, a political system, a governance structure and a basic infrastructure. The current constitution normative logic and organizational structure of socialist China are still unclear. As the composition of constitutional system in China, the ruling party leads the people in the sovereignty of the institutional structure, selection and governance regime at the center of the National People's Congress for the structure optimization, based on the structure of the governance structure and sovereignty of citizen oversight cycle, as well as "infrastructure", driven by social construction, shape, expressed the socialist country with modern vision in "rich and powerful democratic civilization harmonious beauty" under the national goals of both the melting penetration.

Key Words: Constitutional System; Socialist Modern Country; Sovereign Structure; Governance Structure; Basic Infrastructure

(责任编辑:黄明涛)

立法赋权、决策控制与地方治理的法治转型

● 秦小建 *

【内容摘要】 赋予设区的市立法权的改革目的在于以立法过程控制以“红头文件”为主要形式的地方决策恣意。立法权限划分是实现这一目的的基础制度。只有明确界定地方性法规、地方政府规章和行政规范性文件的权限,才能厘清地方决策的形式、范围和限度。传统的“职权划分”标准存在明显不足。立足于立法是为公民设定义务的本质理解,回归“义务法定”的法治常识,以民主程度和范围为基本标准,明确地方性法规、地方政府规章与行政规范性文件在地方决策体系中的权限划分,进而在制度层面上塑造地方决策的民主过程,探索以地方民主过程为基本、中央程序控制为主线的央地分权新格局,从而助力地方治理的法治转型。

【关键词】 设区的市立法权 地方决策 立法民主过程 立法权限

2015年《立法法》修改赋予了设区的市立法权,可谓影响深远。通常认为,地方立法权的扩大意味着地方自主的增强。作为国家核心权力的立法权的下放,对于设区的市而言,是一个“从无到有”的过程^[1],反映了中央和省级地方在部分事务控制上的相对松动,拓展了地方事务的自主决定空间。但是,这一认识明显忽视了实践中已成泛滥之势的以“红头文件”为形式的地方决策恣意。地方决策恣意事实上意味着地方充足的自主决定空间,这一空间本已存在,无需以地方立法赋权来获得。地方立法赋权改革的真正目的在于,以立法过程来约束和控制地方决策恣意这一治理顽疾。它试图将地方决策纳入地方立法权的制度框架,以此控制地方决策形式、限缩地方决策恣意。其中蕴含着深刻的地方治理法治转型。坦率地说,无论是理论研究还是立法实务界,并未有意识地将地方立法赋权与地方决策的立法控制相关联,由此导致这一改革所蕴含的深刻意义被淡化。实践中地方决策仍游离于地方立法框架之外,以“红头文件”为形式的地方实质决策依旧横行,而地方立法则沉浸于各种“景观式”立法所营造的虚假繁荣之中。改革深意被淡化,亦会加剧对相关条款适用的狭隘认知乃至曲解。实践中普遍存在的一些疑问,如设区的市立法事项能否超越《立法法》第72条规定的三个事项、设区的市地方性法规和地方政府规章究竟如何区分等,实际上均是形式化的自我限定和僵化理解。如果

* 作者单位:中南财经政法大学法学院。本文为国家社科基金重大课题“民间规范与地方立法研究”(项目编号:16ZDA069)及中南财经政法大学中央高校基本科研业务经费资助项目的阶段性成果。

[1] 参见秦前红、李少文:《地方立法权扩张的因应之策》,《法学》2015年第7期。

能够理解地方立法替代“红头文件”作为地方治理资源分配的民主机制之深意,以此重新审视地方决策的法治转型,上述疑问就可转换为关于地方决策权限、范围和形式的制度问题。而《立法法》的相关改革及其背后的法理就可为此提供一个基于地方治理法治化的全新视角,从而给出令人信服的解释。本文即围绕此,试图阐明地方立法赋权的改革目的及其基础制度,分析实践中实现这一目的所面临的阻碍,据此提出制度上的应对之策。

一、立法赋权的目的是以立法过程控制地方决策恣意

(一)以“红头文件”为形式的地方决策恣意

赋予设区的市立法权意味着地方立法权的扩大,但并不等于地方事权的扩大。在单一制国家,地方扩权源于中央和上级地方的事权下放。在央地关系制度化格局下,只有在上位法关于某个事项的地方立法禁止或上位法保留的前提下,将此事项对地方开放,方可形成地方事权扩大。但是,在规范形态上,《立法法》关于设区的市立法权的三个方面的事项(城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护)并没有明确的上位法禁止或上位法保留。在中央或上级地方事权并无缩小的意义上,不存在事权下放的情形,因而不构成地方事权扩大。

事实上,城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项本就属于地方事权范畴,是地方决策的常见领域。在《立法法》修改前,设区的市不仅可以对此三个方面的事项进行决策,而且决策方式十分灵活多样。其中最为常见的方式便是以“行政规范性文件”(即“红头文件”)为形式作出的各项行政指令和政治安排。

“红头文件”作为地方政治权威的意志载体,在地方政治体制的集中式运行模式下,执行力度远远超过法律,加之其制定的灵活性和程序简省,“红头文件”业已成为地方决策的主要形式。但是,由于缺乏必要的权限控制、程序约束和责任追究,在地方决策中“红头文件”已成泛滥之势。这种事实上的变相立法,乱象频出,丝毫不顾基本的法治准则,人为地创造了不受约束的决策空间,成为地方治理的顽疾。^[2]

对于这一地方决策的恣意现象,通常认为是地方决策的法治意识淡漠、决策主体集权化、决策程序简化等因素所致。这当然是重要的原因,也是地方治理所要回应的一个重要课题,但其背后的逻辑不能忽视。地方拥有的地方事务自主权,本是国家治理的基础之道。地方立法是地方自主事权的具体规定和制度确认,同时为地方事权运行提供规范约束。然而,在旧的立法体制下,设区的市没有立法权,对于地方事务的处理只能依赖中央和省一级的立法。但是,这些立法无法全面关照地方事务,且不能给予富有针对性的区分对待,由此造成“事权与立法权不匹配”的治理困境——不少城市在中央或省级立法无法适应本地治理实际的情形下,转而制定大量“红头文件”,进行事实上的变相立法。^[3]而这一借助于“红头文件”的地方不当扩权,实质上构成了“一收就死、一放就乱”的央地分权悖论的第三种形式,即在“收权”总体背景下的地方自我创设权力空间,使其得以游离于中央调控之外。这不啻于一种对中央“马奇诺防线”的迂回穿越。

将设区的市的立法权局限于地方事权扩大的认知,将地方立法与地方决策体系相割裂,从而遮蔽

[2] 参见彭波:《“红头文件”,何时不再错位》,《人民日报》2015年11月11日第017版;朱薇:《“红头文件”的五大怪相》,《杂文月刊》(文摘版)2015年第3期。

[3] 参见阿计:《地方立法权扩容:放与限的博弈》,《公民导刊》2014年第11期。

了地方“红头文件”决策模式对地方立法权行使的阻碍,也忽略了地方立法对地方决策模式转型的结构意义。由此产生了严重的路径误和目标错位,后果令人担忧。从表面上看,设区的市获得立法权,制造了看似繁荣但并无过多实效的地方立法蓬勃发展的假象,但其背后的地方治理体制性积弊却因关注重点的转移而被搁置,以“红头文件”为形式的地方决策恣意及其对中央权威的挑战依然充斥于地方治理过程,并成为地方规避中央控制的“灰色地带”,由此陷入立法表面繁荣但积弊依旧的尴尬境地。

(二)以立法权的规范行使来控制地方决策恣意

在“红头文件”泛滥和地方决策恣意的背景下,赋予设区的市立法权,其意图不言而喻。设区的市获得立法权,便意味着对该三个方面的事项规定须以地方性法规或地方政府规章的形式加以规定。这实际上意味着对地方事权与地方决策施加了立法过程的控制。它表明,相关事项的规定须遵循《立法法》关于地方性法规和政府规章的立法权限和立法程序的约束性规定,并且接受备案审查和立法监督。同时,对于以地方性法规形式的规定并非制定即生效,还需报送省级人大常委会批准。由于有了这种控制,在制定过程中,地方立法部门就要对是否与上位法相抵触时刻保持警醒并进行自我审查,否则就难以获得省级人大常委会的批准。

据此考究《立法法》的修改原意,更可理解“控制决策恣意”的深意。为何将设区的市的立法权规定为城乡建设管理、环境保护和历史文物保护三个方面,并非仅仅基于该三个方面属地方性事务的考虑。因为地方性事务远不止这些,在《立法法》修改过程中还有将立法权限扩大至公共服务、社会管理、民生保障以及教育、卫生、社会保障等方面的意见。^[4]真正的原因在于,相较于公共服务、社会管理、民生保障等事项,该三个方面与地方政府主导的城镇化和地方经济发展密切相关,尤其在旧城改造、城市规划、招商引资、环境问题等具体领域,一直是社会矛盾的高发地带。之所以矛盾重重,一个重要的原因便是地方为追求GDP,推动政绩发展,借助于不受限制的“红头文件”自我赋权,设置法外义务。立法权的赋予实际上就是对“红头文件”的强制缩减。而为何不对区县开放立法权,既是一种渐进式的稳妥保证,也抓住了中国区划层级中权限较为宽泛的地级建制这一关键。

这一理解可能面对的一个经验疑问是,在《立法法》修改前,较大的市有立法权,但为何在较大的市,也存在“红头文件”决策恣意的情形?由此出发,以地方立法赋权来控制地方决策恣意的改革深意是否仅仅停留于空想?毕竟在较大的市这一层面,以立法控制决策恣意的效果并不明显,又何以指望设区的市能够实现这一目的?这一经验上的质疑有现实基础,值得认真对待。其实,不仅仅是设区的市,在省级层面乃至中央层面,均存在有立法权而决策不受立法控制的情形。其中的原因在于立法权行使与决策体系的脱节,也即决策在很多时候游离于立法权之外。这是一个体制性的问题,背后涉及到决策形式的权限划分及有效的制度约束。换言之,立法与规范性文件作为决策的两种主要形式,如何清晰界定二者的权限范围,以及如何通过制度固化,并对越权决策进行追责,是实现以地方立法赋权控制地方决策恣意的基础制度。而这一权限划分实际上指向了作为地方治理资源分配机制的民主决策程序,进而提出了立法作为社会资源分配民主机制(公民义务强制附加)的内在法理依据问题。在具体议题上,则涉及到立法不同层级之间的权限划分,以及立法与规范性文件的权限划分问题(容在后文详述)。

综上,设区的市获得立法权,与其是赋权,倒不如说是以严格的立法程序、立法权限和省级人大常

[4] 参见武增:《2015年〈立法法〉修改背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2015年第3期。

委会的备案审查与批准权,对以“红头文件”为主要形式的地方恣意决策进行法治化的规范与控制,杜绝以随意无限制的“红头文件”来减损公民权利、增设公民义务的滥权行径,以此促进地方治理的法治转型。在这个意义上,《立法法》的这一修改实际上是对党的十八届四中全会“法外禁设义务”精神的制度回应。

二、立法权限划分是控制地方决策恣意的基础制度

(一)立法权限模糊为地方决策规避立法控制创造空间

赋予设区的市立法权实际上将地方决策纳入《立法法》的整体框架。《立法法》的整体框架主要包括以下三项制度构造:厘清不同位阶的立法权限设置、遵循严格的立法程序约束、保持常态化的有效立法监督。以此三者并举,方可全面规约地方决策。反之,此三者如有其一不彰,便难遂其愿,甚至引发所谓地方立法扩权的风险。事实上,诸如地方借法扩权、强化地方保护、扰乱法制统一等人们所担心的风险,并不是赋予立法权本身所带来的,而是赋予立法权后因上述三项具体制度的空转或运行不畅所致。

其中,地方性法规、地方政府规章和地方政府规范性文件的权限不清可能是导致目的落空的首要推手。相对于立法监督和立法程序,立法权限不清可为地方规避立法控制创造极大的空间。立法监督的常态化实施虽然不如人意,但在中央主导的权威格局下,地方始终保持着不与上位法抵触的政治谨慎;加之中央专属立法权的严格解释和严格保留,地方立法宁愿保持谦抑,也不愿有所僭越。^[5]而立法程序较多侧重于形式要求,即使地方立法存在恣意偏差,在形式上也可保持对法定立法程序的遵守。形式化的立法程序很难对地方立法进行实质性控制。

就当下而言,较为紧迫也更易被利用来创造规避空间的正是立法权限划分的模糊性。在多元一体的立法体制下,法律秩序以等级体系构造,立法权限是关于这一等级体系下法律规范的效力范围以及创造和适用这些规范的权力分配问题。^[6]立法权限的划分不当,将会引发越权立法、重复立法、立法懈怠等导致法律体系混乱和法律难以实施的立法无序现象,更可能造成政治体制结构失衡和权力失控等危害。^[7]

在地方立法层面,立法权限不清首先源于《立法法》的规定模糊。一方面,《立法法》并没有明确界定地方性法规和地方政府规章的权限,既无显著的列举,亦无具体的区分标准,尤其在关于为执行上位法规定的事项设定上,笼统和宽泛的话语难以揭示各自的专属范围和独特权限内涵,无助于实践理解及其适用,同时,《立法法》对规范性文件与规范性法律文件之间的权限也未作明确区分;另一方面,无论是理论界还是地方立法部门,对“地方性事务”长久以来存在争议。^[8]对于地方性事务的分类并没有很清晰的标准可以遵循,加之地方行政管理的复杂性,导致在认定属于何种事权时,容易打擦边球,从而可以不属于强制立法的事项来规避立法束缚。

立法规避空间由此创造,体现为两种规避形式:一是把本来应当以地方性法规或地方政府规章两

[5] 参见向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,《政治与法律》2015年第1期。

[6] 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第335页。

[7] 参见李林:《关于立法权限划分的理论与实践》,《法学研究》1998年第5期。

[8] 在制度上,对“地方性事务”的争议主要源于上下对应的“垂直型的权限分配模式”,各地地方都有管辖权,但管辖权又不清楚,似是而非、有利益分配时都强调自己有管辖权,有负担时又都可以说自己没有管辖权,较容易产生争议。参见孙波:《论地方性事务——我国中央与地方关系法治化的新进展》,《法制与社会发展》2008年第5期。

种规范性法律文件形式来规定的事项,以其他规范性文件的形式来逃避立法控制;二是把应当以地方性法规形式来规定的事项,以规章的形式来逃避省级人大常委会的审查批准。

在这一空间下,地方立法表面看起来高度繁荣,且数量攀升,但要么是无可争议不痛不痒的“景观式立法”和宣示性事项,^[9]要么是立法边缘领域(尤其是道德调整领域)的各种“雷人”规定。^[10]这一类型的地方立法,既是地方政绩,又不存在与上位法相抵触的政治风险。但其后果是,立法一般规律被歪曲,权利义务分配功能和社会调整功能被虚置,宝贵的立法资源被浪费。而那些涉及到公民义务设置和部门权力扩张的争议事项,却以暗度陈仓的方式,以无需上级批准的规章或者无需遵循立法程序的“红头文件”大行其是,逃避了立法过程的约束和省级人大常委会的审查,地方权力失控风险再次生发。

(二)立法权限的清晰界分有助于消除《立法法》第72条的误解

进一步而言,如果在立法权限上无法给出清楚的界分,那么赋予设区的市立法权的立法原意也可能因此遭受误解,至少在相关条款的理解适用上发生歧义。从地方立法机关反馈的信息来看,歧义主要纠结于如下问题:是不是只要属于城乡建设管理、历史文化保护和环境保护三个方面的事项,就必须以立法的形式进行规定?对于该三个方面以外的事项,能否以立法形式来规定?《立法法》第72条“等方面的事项”的规范意义何在?依据何种程序、何种标准才可将其他方面的事项纳入立法范围?

立法实践已经在不同程度上超越了该三个方面事项的限制。最新研究基于实证考察指出:“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、社会管理和经济管理等五个方面的立法需求与城镇化背景下的人口结构和经济结构变迁具有较高的相关性,《立法法》关于设区的市立法权限的规定使近一半的立法需求不能通过对设区的市自身立法予以满足。”^[11]基于立法的规范解释角度,这一问题涉及到对《立法法》第72条第2款的“等”字如何解释的问题。^[12]

但这种解答方式显然没有遵循立法的一般规律,也没有理解《立法法》为什么仅列举该三项事项的初衷。基于立法的一般规律,立法不可能对这三个方面的所有事项进行规定,在这其中,有些比立法更为有效且成本更低的方式。必须以立法的形式规定上述三个方面的事项,是立法万能主义的遗毒,并会导致立法资源的浪费。反之,如果地方立法仅限于该三个方面的事项,显然也不符合立法原意,一方面不能对在三个方面之外的其他领域(如医疗、教育等民生问题和社会保障事务)的“红头文件”进行有效控制,而这些领域的“红头文件”同样很多,而且对公民的生活影响也很大。但正如上文所述,如果我们将地方立法赋权视为对地方决策恣意的控制,就可明白,《立法法》所列举的三个事项是作为在地方治理中因地方决策恣意导致矛盾高发的三个领域。对此进行显明列举,用意不言而喻。在此意义上,该三个方面以外的事项,如果涉及到社会资源的分配和公民义务的强制附加,必须经由地方立法这一民主机制;同时,该三个方面的实现,如果不涉及公民义务的强制附加,仅仅是程序性规定或倡导性规定,无需以地方立法形式进行。这实际上指向了地方决策在立法形式与政策形式(规范

[9] 这种情况由来已久,有学者统计指出:“不少地方法规条文内容上,有1/3属于可以不写的,1/3属于可写或不写的,1/3属于可以写的。有的实施类法规,真正根据本地方实际情况和实际需要、带有地方特点的规定就只有几条。”参见江材讯:《地方立法数量及项目研析》,《人大研究》2005年第11期。

[10] 例如,深圳的“尿歪立法”,参见《防“尿歪”首先要端正“立法”》,《南方日报》2013年8月29日第02版;黑龙江的“禁止早恋立法”,参见沈栖:《少些“雷人”的地方立法》,《上海法治报》2013年10月23日B8版。

[11] 参见郑泰安、郑文睿:《地方立法需求与社会经济变迁——兼论设区的市立法权限范围》,《法学》2017年第2期。

[12] 参见郑毅:《对我国〈立法法〉修改后若干疑难问题的诠释和回应》,《政治与法律》2016年第1期。

性文件)间的权限区分。

由此延伸的一个争议是,设区的市制定的地方性法规与省级地方性法规的立法权限是否有区分?在规范上,《立法法》第72条和第73条没有作一般性的区分,但在事项范围上,第73条第3款明确表明设区的市的地方性法规只限于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项”。该款加剧了上述疑问,有观点基于该条规定强烈反对将设区的市的地方性法规扩展至该三个方面以外的事项。从其原意来看,这一事项限制确实限缩了设区的市制定的地方性法规的立法权限,但背后涉及省市两级地方事权的范围划分。地方事权范围决定了立法权限的行使范围,该条的限制在一定意义上有防止地方立法跃进的考虑,但更深层次的目的在于,试图以立法权限的限缩性列举,厘清省级地方性法规和设区的市地方性法规的权限范围,以此圈定设区的市决策权的重点领域。换言之,《立法法》第72条事项的列举,本身虽受到省市地方事权划分的约束,但其具体落实,还需通过第72条第3款转换到第72条关于立法事项范围的“等”之规范解释上。

另一个实践争议是,关于同一事项的规定,如何在地方性法规和地方政府规章之间进行选择?如上所述,现有的规定语焉不详,从而可能逃避省级人大常委会的审查批准,营造规避空间。地方性法规和地方政府规章的权限界分模糊,在《立法法》修改之前就已存在。如果不予清楚界定,《立法法》第72条的立法赋权改革就无法确定其适用范围。就此而言,《立法法》第72条歧义的产生,根本上源于立法权限不清。

综上,在单向的赋权或放权背后,赋予设区的市立法权作为立法体制的结构调整,实是《立法法》整体框架下的制度联动。其中尤以立法权限的清晰界分为首要,并以其界分为立法过程的民主性展开与立法监督的标准构造提供基础性的制度约束,在实践意义上亦限缩地方决策恣意的游移空间,从而规范地方决策的权限体系。

三、“义务法定”作为立法权限划分的本质标准

(一)超越“职权划分”探究立法权限划分的本质标准

目前,学界关于立法权限的划分主要遵循法解释学的进路,以宪法“遵循在中央统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”为价值标准,阐述《立法法》相关条款的规范含义。^[13]在权力机关和行政机关的立法权限划分上,则依据《宪法》第89条规定的“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规”和第90条规定的“在本部门权限内发布命令、指示和规章”,将行政法规与规章的权限划分标准理解为制定主体的职权。

不过,这一划分标准的不足非常明显。如学者所分析的,按照“职权说”,实际上行政机关就享有了无限的立法权,因为宪法和有关组织法已经赋予了行政机关对整个社会事务进行行政管理的职权。^[14]而依据一般法理,职权乃是由立法设定,以职权决定立法权限,显然是犯了逻辑倒置错误。

更重要的是,伴随自由主义国家模式的式微和福利国家理念的兴起,行政对社会需求的积极回应已成为一项核心目标,本应在代议民主程序内进行博弈权衡的政治过程延伸到了行政过程。^[15]依据

[13] 参见陈国刚:《论设区的市地方立法权限——基于〈立法法〉的梳理与解读》,《学习与探索》2016年第7期;程庆栋:《论设区的市的立法权:权限范围与权力行使》,《政治与法律》2015年第8期;庞凌:《论地方人大与其常委会立法权限的合理划分》,《法学》2014年第9期。

[14] 参见陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,《中国法学》1995年第1期。

[15] 参见王锡锌:《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》,《中国法学》2008年第5期。

立法标准对竞争性利益进行协调的行政立法和公共决策构成行政的新型职能。然而,行政立法的新职能,业已以行政管理效率为名,超越议会民主下的“执行”角色,以管理为导向的规则制定,扩大了民主性缺失的内在局限,引发了立法体制中“议会立法—行政立法”的权限划分难题。在地方立法层面,地方政府职权的扩大导致了地方政府规章对地方性法规的权限僭越,职权划分标准已在一定程度上阻碍了人大主导立法的实现。

而且,职权标准主要围绕不同主体展开,无法区分同一主体作出的不同决定的形式。例如,行政机关可以依据其职权制定政府规章,也可以依据其职权出台“红头文件”。这一后果,尤其为当下“红头文件”肆虐困境所警醒。正是由于职权标准无法确定红头文件的一般权限范围,加之常态化的规范控制机制的空转,“红头文件”反而大量地替代行政立法,成为事实上的规则制定形式。一旦“红头文件”成为行政规则的集散地,地方性法规和规章间的权限划分反倒不重要了,因为所有的规则设置都涌向了不受限制的“红头文件”。

(二)“义务法定”的法理回归与制度框架

职权只是表象,它无法担当作为立法权限划分标准这一重任。职权的本质是通过国家强制力对公民克以服从义务。因此,职权所涉及的对公民权利义务的影响,才是以何种立法形式(或者无需以立法形式)作出职权安排的决定因素。换言之,立法权限划分可以转化为一个基础性的法理问题,即对公民义务的克加应当以何种形式、何种层级的立法来进行规定。就此而言,在地方性法规、地方政府规章和“红头文件”的权限划分这一问题上,现代法治的基本原理(抑或常识)之一——“义务法定”,在很大程度上被遗忘了。这种遗忘,源于人们对立法本质和立法功能的曲解。立法的本质在于以法律形式为主体设置行为准则,以对公民的强制性义务为具体权利的实现和社会秩序的维系提供条件。现代社会的公民义务源于两种,一是契约,二是法定。在个体自主的现代价值预设下,两种义务设定方式同源,即自我同意接受义务。在“人民主权—代议制”的宪法结构中,经由议会的立法是代议民主程序的产物,法律构成公民同意的载体,表达着基于个体自主和人民主权的正当性。^[16]在公共决策领域,任何有关公民的义务必须经由法定。法谚有云:无代表,不纳税。未经人民自己及其代表同意,绝不应对人民的财产课税。^[17]简而言之,在现代人民主权国家,如果缺乏人民的同意,不通过作为人民同意载体、保证不同利益主体参与的民主过程,任何义务都没有约束力,任何法律都没有有效性。

按照哈贝马斯的理解,民主的立法程序构成一种理想的商谈过程,可以表达为商谈性的立法实践模式。在其中,秉持不同利益的主体经由充分参与形成合理商谈与互动沟通,就歧义问题达成共识或形成妥协,从而让持个体利益的主体在主体间性的自我理解中去接受法律。这构成法律的确定合法性力量,并由此弥补事实性和有效性之间的张力。^[18]经由民主程序的立法过程,既代表着多数人的同意,保证法律的可接受性,同时也为法律规则的优化(立法的科学性)提供着信息和理性基础。^[19]这是立法的民主性和科学性的内在关联,科学性以民主性为基础,民主性为科学性提供机制。在价值多元和利益多元的社会,立法的民主程序作为基础性的秩序整合机制和共识凝聚机制,尤其不可或缺。

[16] 这实际上是关于义务法定的民主理论解释。在思想史上,有关义务为何要法定,有社会契约论、规则功利主义、主权者命令等学说。在中国学术界,相关讨论,可详见张恒山:《义务法定论》,山东人民出版社1999年版。

[17] 参见[英]洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第90页。

[18] 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联出版社2011年版,第342~351页。

[19] 参见李卫东:《法律程序的意义》,中国法制出版社2004年版,第52~53页。

毫不夸张地讲,立法如果失去民主程序的保证,将会持续制造形式合法的暴政,这将比道德强制、宗教专制更为深重。^[20]

结合义务法定的基本法理,可提炼出如下基本原则:(1)涉及到公民义务设定的公共决策,必须以立法形式进行。(2)义务强制性程度越高的公共决策,就越要以民主性越高的立法形式进行。(3)缺乏民主性的公共决策,不能设定公民义务。这些原则可称为公共决策的先在原则,亦是立法体制的框架性约束,它们对立法规则的设置具有内在效力,可谓立法权限划分的“元标准”。

上述原则指引了义务法定的制度框架构造。现代国家的立法业已从议会立法延伸至行政立法,加之央地多层级的多层设置,地方议会与地方行政亦承担部分立法职能,现代法律大多以多层位阶的法律体系形式呈现。在法律体系中,某一位阶的法律可以规定什么类型的义务,是义务法定制度化的首要维度。在这个意义上,法律保留制度和立法权限划分制度是义务法定制度框架的基本构成。从其外部而言,涉及到以效率为导向的行政规定在复杂的行政实践中以何种方式处理义务附加问题。这一问题可表达为,义务法定原则如何以制度化的举措,从反向约束行政规定的义务滥设倾向,又不至于减损行政规定在行政实践中应有作用的发挥。在制度上,厘清行政规范性文件与规范性法律文件的权限划分,并对行政规范性文件施加必要的程序规范和监督控制,亦是落实义务法定原则的特定路径。

(三)《立法法》对“义务法定”的表述及其不足

当代中国尤其重视“义务法定”这一立法民主性课题。党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出:“行政机关不得法外设定权力,没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。”《立法法》第8条和第9条的法律保留原则、第80条和第82条的规章权限的反向限制,均贴合了上述原则。

但从整体来看,《立法法》对义务法定的表述仍存不足。一是对不同层级立法,包括人大立法与人大常委会立法、行政法规与部委规章,地方性法规与地方政府规章的权限界分及其设定义务的强制性程度区分,难以实现一目了然的规则具化。二是关于规范性法律文件和规范性文件的权限界分,未明确法律之外的规范性文件不得设定公民义务。来自立法机关的权威观点认为,行政规范性文件并不属于《立法法》的调整范围,因而《立法法》没有明确规定。^[21]但实践中行政规范性文件自主创设公民义务已成泛滥之势,事实上已经僭越了立法范围及其权限,对立法体制形成了严峻挑战。《立法法》确实不宜专设“行政规范性文件”一节,但在“总则”部分却可以对“义务法定”的先在原则予以确证,亦可明确“非规范性法律文件不得创设公民义务”的一般限制,由此在不超越《立法法》的既有调整范围下实现规范辐射功能。

上述不足及对应的制度缺失,正是当下无法以立法来控制决策的重要制度原因。仅仅在《立法法》层面上赋予设区的市立法权,而不对更为根本的义务法定原则加以系统构造,必然会导致立法控制决策这一改革深意被落空。在此意义上,对地方立法权限划分的规范解释及其制度构造,是实现以地方立法赋权控制地方决策恣意的必然要求。

[20] 现代代理的常识告诉我们,道德规则、宗教规则都是有关公民行为准则的设置,但其与法律规则的本质不同在于不具有强制性。对法律义务的违反意味着强制性的法律责任。如果没有可靠的民主机制作为保证,对公民的强制义务将会与道德强制、宗教独裁一样形成专制。而以法为名的专制,则显得更为冠冕堂皇,也因与国家暴力机制的内在关联而愈加深重。

[21] 参见邹坚贞:《立法法15年来首次大修:红头文件不在调整范围》,《中国经济周刊》2015年3月24日。

四、地方立法权限划分的规范解释

依据义务法定的法理标准,可对《立法法》中关于设区的市地方性法规和地方政府规章的权限及其划分进行规范解释,并可据此延伸至二者与地方行政规范性文件的权限划分,进而对行政规范性文件在行政管理规范体系中的定位与权限限制进行梳理。

(一)设区的市的地方性法规可以自主创设义务,但不得与上位法相抵触

依据《立法法》第72条的规定,在与上位法的关系上,设区的市制定的地方性法规的权限是“不抵触”。与“依据”相比,“不抵触”下的地方立法空间更大。“依据”是指立法内容、范围、幅度应严格限制在上位法之下。“不抵触”则指在有上位法具体规定的前提下,须依据上位法规定;在无上位法具体规定的前提下,可结合本地具体情况和实际需要进行自主立法,只要不与上位法的原则和精神相抵触。^[22]依《立法法》第73条的规定可以发现,地方性法规所涉及的范围包括三大类:第一是执行上位法的执行性立法;第二是针对地方性事务的创造性立法;第三是中央未作规定的先行性立法。后两者即是“不抵触”原则之体现。

需要具体说明的是,城乡建设管理、环境保护、历史文化保护并非地方性法规的范围限制,而只是对地方性事务的典型列举。设区的市制定的地方性法规的权限总体上与省级地方性法规一致。至于为何单独列举此三个方面的事项,上文已作分析,即该三个方面是地方利用“红头文件”进行恣意决策从而导致社会矛盾高发的领域,对此列举,显然契合了以地方立法的民主过程对地方恣意决策进行控制这一改革目的。对此三个方面的强制义务设置和权利分配应当以地方性法规的形式进行。

同样,对于此三个方面之外的其他地方性事务,如果涉及到公民权利的强制性减损和义务设置,也必须以地方性法规的位阶形式作出。值得注意的是,设区的市制定的地方性法规,如果涉及到对此三个方面之外的事项进行规定,一方面必须遵守《立法法》第72条和第73条所设定的地方性法规立法权限之限,另一方面在具体事项上须承担论证义务。这是由于第72条第3款以特别规定的形式对设区的市的地方性法规之事项范围进行了限制,也即如果涉及到对此三个方面之外的事项,必须就该事项属于与“城乡建设管理、环境保护、历史文化保护”相并列的“等”事项之内。所谓“等”,有三层限制:一是该事项属于地方性事务;二是该事项属于设区的市一级的地方事权;三是该事项涉及到公民的强制性义务设定。

与此同时,并非该三个方面的事项都必须以地方性法规作出。依据上述标准,如果涉及到程序事项、技术标准等与公民义务没有关联的事项,地方政府规章和地方行政规范性文件均可规定。但只要涉及到公民义务的设置,那么就必须依据是否自主创设义务(与上位法的关联)及义务的限制强度,进行地方性法规或地方政府规章的立法形式选择。

在实践中,地方性法规自主创设义务有可能强化地方自利,立法主体在“不抵触”原则下的自我设限并不足以抑制这种自利倾向。加之由于设区的市的立法能力的客观不足,对地方自主事务的法律表达可能不符合立法要求,乃至可能背离一般立法规律,因此需要相应的上级控制。为此,《立法法》第72条规定,省级人大常委会应当对设区的市制定的地方性法规进行合法性审查,如果同上位法不抵触的,应予批准。

在理论上,对省级人大常委会的批准权性质和标准存在较大争议。批准权究竟是立法权(或是立

[22] 有学者从学理角度对不抵触原则进行了卓有成效的理论建构。参见胡建森:《法律规范之间抵触标准研究》,《中国法学》2016年第3期。

法延伸),还是监督权?从地方自主意志的法治化表达来看,省级人大常委会的批准权不可能是立法权(或是立法权的延伸),但作为监督权又可能陷入新的误区。监督权以合法性为标杆,侧重于对设区的市的立法内容的实质审查,其目的在于保证法制统一,以防出现地方立法的混乱。但如果过多停留于立法内容的实质统一,实际上是以省级意志凌驾于经由地方民主过程作出的自主意志表达,从而干扰和抑制了地方自主的积极探索,冲淡了地方制度多元对疆域辽阔的大规模国家和发展不均衡的复杂国家的重要意义。

在理想层面上,依据《宪法》第2条“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”之宪法意涵,设区的市的人大立法是该区域人民意志经由人民民主过程的体现,是人民主权法理的地方彰显。同时依据《宪法》第3条“中央统一领导”的规定,这一自主意志表达不得与中央与上级地方意志相抵触。据此,在无上位法具体规定的前提下,地方性法规只要是以民主过程制定的,就应当被尊重。这是“不抵触”原则的实质内涵。在这个意义上,省级人大常委会的批准权应是一种程序性的控制,是对设区的市的地方性法规自主创设义务是否经由民主立法过程的程序审查。

(二) 地方政府规章为执行性立法,不得自主创设义务

在与上位法的关系上,地方政府规章所遵循的权限是“依据”,且立法范围限于本部门权限。从宪法关于规章制定主体的定位来看,地方政府是执行机关,即使拥有立法权,也必须在上位法的规定下进行具体化。同时,作为一种限制性否定,《立法法》第82条明确规定,缺乏上位法依据的,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他社会组织权利或者增加义务的规范。^[23]

基于义务法定的一般法理,行政立法的民主程度较低,即便通过公民参与等民主资源的输入,也不足以为其自主创设义务提供民主正当性。因而,在现代国家,行政立法虽成普遍情形,但其立法权限和立法范围本身受到极大控制,在行政机关内部可创设具有约束力的内部规则,但在外部则只能进行执行性的具体规定,无法创设可对公民义务进行额外限制的行政规则。这种控制是内在的,即对其自主创设义务空间的抑制;在有上位法依据的前提下,其对公民义务的设定也不能超越上位法的范围、幅度和种类。^[24]

这也可解释为何规章无需批准即生效,而设区的市制定的地方性法规的生效却要获得省级人大常委会的批准。从表面上看,这种情形似乎构成一种悖反。地方性法规的位阶较高,民主性程度较强,反而还需要上级批准;而规章的位阶较低,民主性较弱,反倒是制定即生效,对其的上级控制程度相对还较低。但实际上,规章的立法权限和立法范围受到的内在控制远远高于地方性法规。简而言之,规章无任何自主创设义务的空间,而上级控制的主要指向便是这一自主空间。

不过,《立法法》第82条第4款却在严格限制规章自主创设义务的总体框架下开了一个口子,即应制定地方性法规但条件不成熟的,因行政管理的迫切需要,可以先制定地方政府规章,有效期为2年。这一规定虽是权宜之举,但其带来的问题却颇为致命,因为它无视地方性法规与地方政府规章的

[23] 《立法法》在制定主体的权限表达上非常准确,完全对应于制定主体的宪法定位。人大是权力机关,法律、地方性法规由人大制定的规范性法律文件的权限是“不抵触”;国务院、国务院各部委、地方政府是执行机关,行政法规、部委规章、地方政府规章等由执行机关制定的规范性法律文件的权限是“依据”。

[24] 有学者较早地对此进行说明:“这种为执行的需要而制定的行政法规、规章,只能创设对行政机关自身有约束力的或者虽对公民、法人有约束力但不会影响其实体权利的程序性规范,未经授权不能创设新的实体规范和足以影响其实体权利的程序性规范。需要创设新的实体规范或者足以影响实体权利的程序性规范,必须由权力机关制定或者向权力机关申请授权。”同前注[14],陈斯喜文。

立法权限划分,在立法形式和位阶上发生了严重混淆,进而为地方规避省级人大常委会的批准权控制再次创造了空间。实践中对“应当制定地方性法规条件不成熟”的理解过于空泛,缺乏必要的认定程序和机制,权威观点也将其狭隘地理解为规章没有上位法根据的情形,^[25]这就进一步曲解了立法初衷。

在这一情况下,地方性法规因为对某个事项没有立法权限而无法制定,但却可以“应当制定地方性法规条件不成熟”和“行政管理迫切需要”为由,由地方政府规章予以临时性的规定,这就扩大了地方政府规章的立法权限和立法范围。另一种更可能发生的情况是,地方性法规对某一带有自利倾向的事项的规定有可能无法获得省级人大常委会的批准,那么也可以“应当制定地方性法规条件不成熟”为由,转交地方政府规章规定,且制定即生效,从而逃避了上级控制。

因而,在立法权限仍不足以明确的情形,《立法法》为规章所开的这一口子,颇值警惕。它在规范完整的控制体系中设置逃逸空间,从而扰乱对地方决策进行立法控制的全面部署,最终因此消蚀《立法法》修改和立法体制结构性调整的整体努力。

(三)行政规范性文件可规定内部事务、程序规范和技术标准,不具有对外效力

有观点基于行政管理实践的复杂性、专业性和效率性,认为以行政规范性文件形式创设的行政规则具有一定的必要性和合理性,由此具有一定的权威性。^[26]部分观点甚至据此认为可以在一定程度上为其有效性而牺牲其合法性。这些观点将行政规范性文件视为一种合理的现实存在,默认了它对行政管理需要的适应,但忽视了行政管理规范体系的层级性,及行政规范性文件在这一规范体系中的权限分工与限制。

从行政管理规范体系的纵向层级来看,如果说地方政府规章尚可借助于立法程序而具有一定的民主性,那么对于行政规范性文件而言,它在宪法体制中并没有对应的民主性供给机制。在这个意义上,行政规范性文件无权对公民克以强制性义务,这是一个原则性的总体限制。

但行政规范性文件在行政管理规范体系中具有不可替代的作用,其范围主要包括三个方面:一是提供专业性的技术标准和技术规范;二是具体界定和厘清执法职权,解决行政机关内部职权交叉或职权真空问题;三是为具体执法明确进一步的执法依据,或是作出细则化的执法准则规范和程序性规定,一般通过对已有法律的落实性和执行性规定展开。

由此可见,行政规范性文件主要指向内部约束,但第二点和第三点有可能通过行政执法而产生外部效果,尤其是第三点更为明显。从表面上看,有关第二点和第三点的行政规范性文件在内容上涉及到相关利害关系人的权利义务,但其规范性应源于其上位的法律规范,其本身不具有外部效果。^[27]换言之,在无法律依据的前提下,行政规范性文件无权自主创设针对公民的强制性义务。^[28]

实践中存在着较为广泛的以行政规范性文件形式进行的授益型规定。授益型规定似乎可不受义务法定的法理约束,因而不必限于立法形式。^[29]不过,基于特定时期内社会资源总量均衡的一般预

[25] 这是全国人大常委会法工委副主任郑淑娜对立法法草案的解读。同前注[21],邹坚贞文。

[26] 一种代表观点认为,试验行政和及时行政可以在一定的时间约束下创设行政规则的权威性。(参见俞祺:《规范性文件的权威性与司法审查的不同层次》,《行政法学研究》2016年第6期。)这一观点符合行政实践的现实,也为立法所确认。但除了时间约束外,试验行政和及时行政还面临着更多的且更为实质的约束,其中,权限约束是最为根本的,很显然,不能因试验或及时之名恣意扩充行政权力。

[27] 参见朱芒:《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》,《中国法学》2003年第1期。

[28] 实践中,很大一部分“红头文件”常常将不属于立法调整的事项纳入规定。这一情形当然属于无权创设义务,且属于更为严重的权限越权。

[29] 参见孙首灿:《论行政规范性文件的权限》,《中国行政管理》2016年第8期。

设,对某一群体的授益必然意味着对其他群体的资源减损。实质性的授益必然涉及实质性的义务附加,虽然很多时候这一义务附加在形式上表现为国家积极义务,但背后间接与公民义务(尤其是纳税义务)形成关联。此外,如果借助于行政规范性文件给予部分优势群体的授益,显然不符合法治的精神。因而,国家积极义务和公民积极权利仍需经由民主审议程序予以分配,这是最小受惠者获益的终极程序保证。就此而言,授益型行政规范性文件仍需谨慎为之。

五、地方治理的法治转型

地方治理是国家治理体系的基础构成。地方治理现代化的本质是地方治理的民主化,即以民主机制和民主过程凝聚人民同意,从而科学有效地分配社会资源,达到治理目标。学界通常将地方治理民主化的希望寄托于以协商为主要形式的公民参与,实践中亦以此为指引进行了对应的制度构建。^[30]但这一路径一方面泛化了公民参与的功能,忽视了公民参与作为民主的基础机构与决策结构的制度关联,^[31]另一方面则淡化了作为地方治理核心环节的决策民主化之主导意义,也自然无法注意到地方立法作为地方决策民主化机制对地方治理现代化的结构性影响。

在依法治国的战略下,立法是决策体系的主导方式。在地方层面,地方立法是地方决策体系的主导方式。地方立法为地方决策设置了民主机制。依托立法民主机制,构建地方政治和社会主体的协作平台^[32],导入蓬勃的地方诉求和地方资源,增强地方政治的理性,进而实现地方治理从依托地方政治权威的近似“卡里斯玛型”向“法理型”的现代转型。^[33]这是地方立法在现代化国家治理体系中所应承载的宪制意义。

当下地方治理的核心难题正是地方决策与地方立法的高度脱节,其突出表现就是以“红头文件”为形式的地方决策恣意。“红头文件”成为地方决策的主导方式,它在形式上僭越了地方立法的权限,在实质上消解了地方治理的民主过程,因而也往往难以保证决策的科学性。

应注意的是,地方决策与地方立法的脱节并非单纯的法治意识淡漠问题。它实际上是央地分权悖论在地方治理中的问题折射。地方决策恣意与自利倾向的本质是有限的社会资源总量与剧增的社会需求总量间的矛盾,中央主导的资源分配无法满足地方的差异化需求,也没有足够的能量和合适的机制来约束地方游离于中央控制的自利行为,最后只能采取行政的或者政治的方式来强加干预。^[34]这种刚性的干预着眼于具体事务的细则化处置,非但无法关照到复杂的地方实际,也未体察到地方游离于既有控制体系之外的行为逻辑,而且可能激发下一轮的地方规避行为,导致央地关系在“失控—纠偏”间的恶性循环和进一步失衡。

赋予设区的市立法权并明确地方立法权限,隐含着深刻的问题指向和深远的立意,其意义有二:一是明确厘清地方的决策权限,在此基础上,通过立法的民主过程和民主机制,对属于地方决策权限

[30] 参见卢剑锋:《参与式民主的地方实践及战略意义——浙江温岭“民主恳谈”十年回顾》,《政治与法律》2009年第11期;周少来:《地方治理现代化与地方民主议事制度》,《中国特色社会主义研究》2016年第4期。

[31] 参见[美]乔万尼·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,上海人民出版社2009年版,第128页。

[32] 同前注[1],秦前红、李少文文。

[33] 参见[德]韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第271~288页(“卡里斯玛权威的成立与变形”一节)。严格来讲,将当下的地方治理体制称为“卡里斯玛型”统治并不准确,但基于招商引资项目制、目标责任制的地方锦标赛式竞争所形成的地方集权式政治体制,很大程度上共享着“卡里斯玛型”统治的支持结构,或者说酝酿着无序的低级版“卡里斯玛型”。参见周雪光:《权威体制与有效治理:当代中国国家治理的制度逻辑》,《开放时代》2011年第10期。

[34] 参见王沪宁、陈明明:《调整中的中央与地方关系——政治资源的开发与维护》,《探索与争鸣》1995年第3期。

内的事项加以民主规训。以民主程度和范围为基本标准,遵循义务法定的法理常识,不仅厘清了地方性法规、地方政府规章与地方行政规范性文件在地方决策体系和行政管理规范体系中的权限划分,也在制度层面上塑造了地方决策和地方治理的民主过程。这一民主过程既有效地限缩了地方决策恣意的游移空间,也为地方事务留存了自我决定的法治空间,并为立法监督的标准构造提供了基础性的制度约束。二是尝试塑造以地方民主过程为基本、中央程序控制为主线的央地分权新格局。这是对长久以来处于困扰中的“一收就死、一放就乱”之分权悖论的现代方案的探索。地方立法权限实际上构成了地方决策的权限。不属于地方立法范围的,当然不属于地方决策范围,这就为央地分权确立了可参照的确定性法治标准。以立法权限划分确定地方决策权限,一方面可以立法控制来消除地方的恣意空间,以法治化方式加强中央和上级地方的权威;另一方面,“不抵触+批准”的立法权构造在一定程度上回应了地方制度多元与国家法制统一间的平衡诉求。^[35]以往以央地一致、地方服从为目标的实质性内容控制不仅限缩了地方多元的包容空间,也无力平抑地方内生的自主探索诉求,在结果上反而倒逼地方对“潜规则”空间的隐遁。与之相对,尊重地方民主过程的程序性控制,淡化了结果导向,为地方自主容留了空间的同时,也给予了充分的过程控制。这一模式在总体上勾勒了央地分权的新程序主义思维,这是地方自主的现代化表达和中央控制的现代化转型,亦是央地关系法治化的精髓所在。

总体而言,以地方立法赋权明确地方立法的权限,深刻地契合了地方治理的现代化转型逻辑,构成地方治理法治转型的提挈之举。

六、结语

地方立法作为地方决策的民主过程、民主机制与民主结果的耦合体,承载着控制地方决策恣意、促进地方治理法治转型的重大使命。当下,我们应当首先在观念上重新认识地方立法对于地方治理的结构性影响,领会赋予设区的市立法权这一改革的问题指向与深远立意。在此基础上,方可理解地方立法权限划分为何构成地方立法的基础制度。它不仅涉及到《立法法》相关条款在实践适用中的歧义问题,同时也涉及到地方决策权限的法治构造。简而言之,如果不能明确地厘清地方立法的权限,就无法将地方决策纳入立法控制,就可能使赋予设区的市立法权这一重大改革的目的落空。当然,地方立法权限划分作为基础制度,只是实现地方治理法治化的第一步。如何以实质性的立法过程承载地方层面的民主审议功能,如何保持权威有效的常态化立法监督,仍然构成立法法和地方治理的重大课题。

(责任编辑:王 申)

[35] 在多元性和统一性两个同样值得追求的极端间保持一种必要的张力,寻找黄金分割点,是中国立法体制的永恒追问。参见苏力:《当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》,《中国社会科学》2004年第2期。

信访纳入宪法监督体制的证成与路径

秦 小 建^{*}

摘要:信访困境由“群众政治—科层法治”结构的双重悖谬叠加而成。这一结构隐身于“人民—人民代表大会—国家机构—公民”宪法逻辑中。作为群众政治的信访偏离了人民主权轨道,不仅未将对科层法治的压力转化为调整动力,反而干扰了其正常运作,导致人民主权与“国家机构—公民”的宪法关联被切断,无法顺利延伸至由人民代表大会制度所构造的常规宪法秩序。基于二者在内容、效果和价值追求上的高度契合,可将信访纳入宪法监督体制,并围绕机构整合、职权配置、协调改革进行制度设计,以作为信访法治化的妥适路径。

关键词:信访法治化 群众政治 科层法治 宪法监督体制

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2016.03.012

一、问题的提出

伴随国家治理的现代转型,当代中国信访逐步从政治动员方式转向制度化的权利救济。《信访条例》构建的信访制度在机构、职权、程序、责任等方面均符合法治的各项形式构成,然而,其实践运行仍沿循群众政治的传统路径。这一路径的最大特点是服从于某种政治目标,通过诉诸政治权威的方式息访止争,干扰乃至异化了国家机构的职权运作逻辑,以致催生人们对信访制度有效性和合法性的质疑。^①

在此背景下,党的十八届四中全会提出信访法治化思路,试图超越静态的“法制化”构建,通过理念革新、程序规范、制度调整、体制理顺对信访制度进行再造。信访法治化,是指将信访纳入各种解纷机制所组成的分工明确、有机衔接、协调有序的常规救济机制。将信访纳入法治化轨道,首先要解决信访制度与常规救济机制的功能区分及衔接问题。对此学界做了充足的理论准备,围绕信访制度的功能定位进行了大量研究。^② 实践中,信访法治化的具体路径则是淡化信访的权利救济色彩,让救济的归救济、信访的归信访,使信访复归密切联系群众的政治参与功能、下情上达的民意传递功能和程序分流功能,从而理顺与常规救济的关系。^③

需要追问的是,在这种思路下,信访能否顺利实现功能回归?未经雕琢的理想主义难免遭遇现实磕碰。上述思路没有注意到,当下信访偏向群众政治的运作方式,不仅是对新中国政治传统的简单延续,更有着深刻的演进机理。这些机理,与转型期社会矛盾所承载的诸重纠结关系(包括中央与地方、历史与当下、经济与政治等维度)彼此交织,在信访制度与现实政治生态的互动过程中生成,反过来又对信访法治化

^{*} 中南财经政法大学副教授、法学博士

基金项目:国家社会科学基金重大项目(14DC027);中南财经政法大学中央基本科研业务经费支持项目

^① 参见于建嵘:《抗争性政治:中国政治社会学基本问题》,人民出版社2010年版,第229—231页。

^② 参见杨小军:《信访法治化改革与完善研究》,《中国法学》2013年第5期;孙大雄:《信访制度功能的扭曲与理性回归》,《法商研究》2011年第4期。

^③ 这一思路已在2014年相继出台的《关于依法处理涉诉涉法信访问题的意见》、《关于创新群众工作方法解决信访突出问题的意见》和作为试点先行的《广东省信访条例》中得到体现,具体可归结为诉访分离、依法逐级走访、分类处理等三项举措。

产生决定性影响。忽略上述机理讨论单向功能回归,无异于缘木求鱼。

更深刻的问题在于,在当代中国的国家治理体系中,作为政治传统、路径依赖和治理技艺的群众政治与作为国家治理现代化目标的科层法治之间持续发生着密切的互动关系。单纯遵循回归法治的一元线性思维,虽可祛除群众政治对法治的干扰,但也抑制了群众政治所承载的执政伦理和社会动员功能。如何在维持科层法治独立运作空间的前提下承继群众政治的正面功能,构成国家治理现代化的重要课题。

为回应上述问题,探讨信访法治化的路径,应深入到群众政治与科层法治的互动关系中,探寻当下信访困境的生成逻辑。这就需要回归宪法。“群众政治—科层法治”的二元结构实际是“人民—代议制—国家机构—公民”的宪法逻辑和宪法体制的具体表达。将信访纳入法治化轨道,应当顺应信访的演进机理,探寻其在宪法逻辑中的正确定位,以促成“群众政治—科层法治”二元结构的重新平衡。对此,现有研究虽提出了信访制度与现行宪法体制衔接的问题,但停留于辅助体制与核心体制的模糊界分,未明确信访制度在宪法逻辑中的定位以及纳入宪法体制的路径。^①在此基础上,本文主张将信访纳入宪法监督体制,以此作为信访法治化的妥适路径。遵循此种思路的信访法治化,是群众政治主导型体制转向法治主导型体制的质变之道,亦是当代中国国家治理现代转型的一个重要维度。

二、作为群众政治的信访

(一)信访的群众政治属性

实践中,信访的运行展现出强烈的群众政治属性。群众政治是依托于群众力量的一种政治动员方式,在中国主要表现为群众路线。按照毛泽东的阐述,群众路线的实施路径是:“将群众的意见(分散的无系统的意见)集中起来(经过研究,化为集中的系统的意见),又到群众中去作宣传解释,化为群众的意见,使群众坚持下去,见之于行动,并在群众行动中考验这些意见是否正确。然后再从群众中集中起来,再到群众中坚持下去。”^②

在政治定位上,信访一直是党的群众工作的重要组成。从其演进来看,信访作为群众政治的一种方式,产生于特定历史背景下的特定需求。信访制度初创于1951年,作为对革命时期党的群众路线的承继,信访被用来克服官僚主义,对党和政府工作进行外部监督。^③在这个意义上,信访制度实际是“以一种特殊的方式保持群众对政府的批评权及中央政府对地方政府、上级政府对下级政府的监督权,从而使政权的运作始终处于鲜活状态,以期跳出黄炎培向毛泽东提醒的‘王朝周期律’”。^④改革开放以来,国家进入以法治为核心的常规治理阶段,信访也开始朝法治主义方向转变。但在片面强调经济发展所带来的信访大潮的压力下,信访作为群众政治的优势再次显现。从这一阶段的信访实践来看,虽然《信访条例》将信访定位于民众诉求转接机制,但信访对民众诉求的回应往往超越程序化的转接机制,更多通过诉诸政治权威来实现。尤其在强调维稳的压力型行政体制下,信访民众、基层政府、上级政府之间的博弈进一步强化了信访的群众政治色彩,而无论是民众还是官方均对其抱有较高期待。^⑤至此,信访所积淀的历史资源逐渐演化为制度改革的路径依赖。

信访作为群众政治的路径依赖,还得到信访现实演进机理的强化。这些机理体现为:

第一,顺应民众和政权的信访依赖心理。这一心理产生于信访长期运作所形成的制度惯性及其相对低廉、畅通、有效的矛盾化解功效,短期内不可能完全消除。

第二,消除经济发展与社会稳定的张力。地方政府经济增长至上的发展模式催生了环境污染、贫富分化等大量社会矛盾,从而造成极大的维稳压力。在稳定与经济增长的双重考核指标下,信访被视为善后法

^① 参见董之伟:《信访体制与中国宪法》,《现代法学》2011年第1期。

^② 毛泽东:《关于领导方法的若干问题》,《毛泽东选集》第3卷,人民出版社1991年版,第899页。

^③ 参见刁杰成:《人民信访史略》,北京经济学院出版社,1996年版,第104—107页。

^④ 刘正强:《政治、法治与治理——国家与社会治理的信访困境》,《学习与实践》2015年第4期。

^⑤ 参见秦小建:《压力型体制与基层信访的困境》,《经济社会体制比较》2011年第1期。

宝,获得不断强化的动力。

第三,回应矛盾化解的简约化需求。迫于维稳压力,政府和民众皆试图以最快捷的方式达致结果正义,事实和细节常被各方刻意忽略,在接访、包案、综治等举措的推动下,矛盾化解越来越偏离科层法治轨道,信访则日渐演化成维系基层社会秩序的主要工具。在此背景下,对稳定的重视及由此催生的稳定考核体系已经内化为基层政权的执政理念和行动风向标,这为信访的简约治理提供了足够的资源保证。

(二)信访作为群众政治的实践功能

信访的群众政治运行方式尽管带来了诸多问题,但也为转型社会秩序的维系作出了特有的贡献。立足于群众政治的角色定位,信访实际承担着如下实践功能:

第一,信访搭建了国家政权与民众的直线联系机制,弥补了常规救济机制在应对转型期社会矛盾时的救济范围较窄和救济成本较高的不足,为民众提供了成本低廉的权利救济通道,彰显出实质正义的意涵,夯实了政权的正当性基础。

第二,信访对转型期众多非法律纠纷的处置弥补了司法救济和行政救济的不足,保证了矛盾能够在体制内得到化解,防止使其溢出体制而危及社会秩序。就此而言,信访构成了社会稳定的安全阀。

第三,信访监督国家权力的运行,借助于政治权威从外部给科层法治输送压力,既可促进常规救济机制高效解决矛盾,亦可作为民情反馈与收集机制助力治理结构调整,从源头上降低矛盾的产生,提升了纠纷化解效能。

第四,信访形成对分权逻辑下国家治理的体系化整合,有助于克服科层制因专业职责分工而产生的制度壁垒。这一功能对于不成熟的科层制尤为重要。在不成熟的科层制下,职权交叉和空白所导致的政府责任推诿往往是政治合法性流失的重要原因。信访透过上访民众自下而上的申诉和上级政府自上而下的督办,一定程度上缓解了此种弊端。

相较而言,常规救济机制由于受到受案范围、程序规范、职权分工及救济能力的限制,难以满足转型期社会矛盾化解的低成本、高效率 and 简约化要求,更无法以两全方式实现经济发展与社会稳定的协调。就此而言,法治的社会基础并不牢靠。而作为群众政治的信访,则因其上述的功能优势顺应了各方的需求,理所当然地占据了维系社会秩序的主力位置。所谓“信访不信法”,正是对常规救济机制目前所处尴尬的地位一种描述。

(三)信访改革的结构两难

信访制度的现实有效性因群众政治在当下国家治理转型过程中的路径依赖而凸显出来。而这种凸显在很大程度上又陷入另一极端,以致对法治形成了巨大冲击。顺此逻辑,似乎有足够的理由收回信访的扩张之手,实现信访的法治化,让信访的归信访,救济的归救济。

不过,这一思路虽看到了群众政治对法治的冲击,但给出的方案却仍是一种非此即彼的一元线性思维:从群众政治的泛滥极端走向片面强调法治的另一极端,忽视了群众政治与法治的互动关系,没有认识到群众政治为法制提供的有益制度资源。彻底舍弃群众政治意味着对现实的超脱和改造,也意味着与传统的断裂;而作为替代的法治却不足以独力承担维系秩序的重任,秩序真空的出现也就不可避免。

就法治而言,一旦失去群众政治的支撑,韦伯意义上科层制的“理性牢笼”困境也许在当下中国并不成立,但“秋菊式的困惑”却不断消损着人们对于法治的信心和期待,从而使法治进而陷入另一种漠视民意的“牢笼”中。问题的严重性还在于,若一味遵循“救济的归救济、信访的归信访”思路,将信访矛盾转入常规救济渠道,不仅面临因与信访现实演进机理相悖而产生的巨大阻力,还可能无法完全关照到错综复杂的社会矛盾而减损容纳冲突的能力,引发秩序危机。这就是中国信访改革面临的“结构两难”。在这一结构中,向任何一元偏斜都会产生不同程度的问题。走出当下的信访困境,应站在更高远的位置,寻求对“两难”统筹兼顾的“综合”。就此而言,信访法治化道路的选择,尤其要经受“群众政治—科层法治”二元结构的拉锯之苦。为此,有必要分析群众政治与科层法治的互动关系,以进一步解释信访困境的生成逻辑及应对之道。

三、信访困境生成的宪法逻辑

(一)“群众政治—科层法治”的二元结构

现代国家普遍选择了法治的治理模式。现代法治以形式理性法为内核,依托科层制的组织框架,以普遍适用、程序主义、体系自治、职业主义为主要特征,构成个体冲突剧烈的现代社会最为重要的秩序维系方式,形成所谓“科层法治”的现代法治理想模式。^①在权利救济领域,科层法治体现为分工明确、衔接顺畅和具有专业化支撑的常规救济机制。

然而,如韦伯所分析的,科层法治内含现代性的悖谬:宏观上,它是理性化的结果,是政治现代化的需要;但是,科层法治异化所形成的缺乏活力的形式主义、功利主义,以及包装在专业主义下的利益诉求,无一不是对自由的威胁,以致最终可能将现代社会置于宰制社会成员的“理性牢笼”中。^②要走出这一牢笼,须依赖作为主权者的人民(群众)的周期性出场。人民出场本质上属于一种依赖领袖权威的大众动员型民主。它以强大的革命性力量从外部粉碎科层制精心构造的“牢笼”,构成既得权利的法理根源,成为日常秩序的构成要素,以满足支配正当性的普遍需求。但这一力量是一把“双刃剑”,如果不加控制,它的欲求和激情便将会粉碎一切规则与传统。此时,必须依靠科层法治的理性力量加以驯化,达成韦伯所言的“常规化”,即法理型权威逐渐取代领袖权威,程序和规则取代领袖魅力重新成为行动准则。^③从长远来看,通过向民主选举制度的转换,保持人民出场与科层法治的辩证循环,方可维持现代社会的动态均衡。

现代立宪主义大体是这一种二元动态结构的体现。在现代立宪主义下,大众被抽象为自由平等的个体,大众动员型民主被转化为一人一票的民主选举,个体组成的人民成为主权者,人民的意志构成主权权威。主权权威产生统治的形式和机构,通过法律治理构建常规宪法秩序,并由此退居幕后,借助宪法对国家的统治方式及其对人民意志的贯彻施加常态化的压力。只有在常规宪法秩序陷入困顿的特定宪法时刻,主权者才会亲自出场,以主权权威重塑社会秩序。

新中国以新民主主义革命的方式建立,作为领导党的中国共产党以群众动员的方式凝聚起国家的超凡禀赋来论证执政合法性,进而在组织性极差的小农社会里奇迹般地取得民族独立和民族进步,这一政权建设方式显然属于韦伯所说的卡里斯玛型(领袖型)权威。^④在新中国成立后的前三十年,革命建国所传承的群众政治传统,构成新中国的“大民主”模式,进一步转化为政治动员,通过发动群众运动,反对官僚主义,防止人民政权蜕变。^⑤然而,这一高度依赖领袖权威的政治动员方式,因缺乏程序和制度的规约而极易陷入运动式的激情和无序,最终伤害到群众自身。

改革开放以来,国家逐渐进入常规化治理阶段,以宪法为核心的法律体系开始建构,法治建设在市场经济的推动下成为转型目标。然而,由于政治传统和转型期治理策略的需要,法治的科层制运作逻辑常在特定情况下让位于以某种政治目标为导向并依赖政治动员的“运动式治理”。从实践来看,当代中国国家治理形成了一种科层基础不够牢固的法治与作为传统的群众政治相混合的结构。^⑥一个例证是,2014年10月全国规模的群众路线教育实践活动完成总结,半月之后,党的十八届四中全会召开,提出全面推进依法治国的战略部署。这一发生顺序微妙地提示了中国与西方以科层法治为根基的现代化模式的不同。在中国,群众路线是执政党的生命线,是保证执政党先进性和民主性的领导方法和工作方法,是长期执政的

^① 参见郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社2006年版,第118—119页;[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,凤凰传媒出版集团、译林出版社2008年版,第54—70页。

^② 参见郭为柱:《现代性与大众民主的逻辑——马克思·韦伯的政治社会学分析》,《东南学术》2007年第3期。

^③ 参见[德]马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第261—348页。

^④ 参见冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,《开放时代》2011年第1期。

^⑤ 毛泽东一直强调群众的作用,无论是建国初期的镇压反革命运动还是之后的“三反五反”运动,均强调对群众的发动和动员。参见毛泽东:《镇压反革命必须实行党的群众路线》、《关于“三反”“五反”的斗争》、《反对官僚主义、命令主义和违法乱纪》,载《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第39—41页,第53—58页,第72—74页。关于群众路线的系统阐述,参见毛泽东:《关于领导方法的若干问题》,《毛泽东选集》第3卷,人民出版社1991年版,第897—902页。

^⑥ 参见凌斌:《法治道路、政党政治与群众路线》,载强世功主编:《政治与法律评论》第五辑,法律出版社2014年版,第245页。

重要法宝,承载着党的执政伦理,维系着执政的合法性和有效性,居于基础地位。从其运作方式来看,群众路线通过提意见、批评与自我批评的方式,总结法治运行中的问题,并借由外部的政治权威推动法治的调整和发展。这决定了当代中国法治道路的独特性。不过,这种二元结构迄今未能清晰地展现变奏规律,群众路线的政治话语与法治的科层制原理往往相互混杂,加之法治的科层制根基不够牢固,以致频频遭遇来自群众政治的冲击。这一结构错位和逻辑错乱,正是当代国家治理中诸多困境的根源。理清二者的逻辑结构,成为中国国家治理现代化的重要课题。

(二)“群众政治—科层法治”的宪法逻辑

实际上,无论是群众政治还是科层法治,二者均置身于宪法的特定逻辑中,是宪法体制的特定表达:法治所依托的科层制框架,依据作为“基础规范”^①的宪法构建;在现代立宪主义框架下,群众政治是人民主权意义上的由人民直接出场的宪法政治。二者之间存有紧密的逻辑关联:从群众政治到科层法治,实际是通过选举制度将人民主权转换为代议制,进而建构国家机构科层制体系的过程。在中国宪法语境下,依据《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第2条、第3条以及第二章、三章规定,这一过程可具体表达为“人民—人民代表大会—国家机构—公民”的结构模式,即人民通过选举人民代表组成人民代表大会,再由人民代表大会产生诸国家机构,国家机构依据立法机构(由作为代议机构的人民代表大会转化而来)制定的法律行使职权,调整社会关系,保护公民权利。由此可见,“群众政治—科层法治”的二元结构,作为不同的环节,隐身于“人民—人民代表大会—国家机构—公民”的宪法整体逻辑之中。

具体而言,这一整体逻辑可分解为三个过程:

第一,“人民—人民代表大会”,即人民通过选举人民代表组成人民代表大会作为权力机构,以立法或人民代表大会决定的方式表达人民意志。这是宪法的主权逻辑,人民在此出场。不同于西方抽象意义的人民主权和一人一票的民主选举,当代中国的主权结构较为复杂,在《宪法》序言和总纲中表现为中国共产党领导的多党合作和政治协商、工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政,呈现出群众路线和政治协商两种制度方式的社会主义协商民主结构。概言之,“人民—人民代表大会”关系的核心命题是党领导的社会主义协商民主与以人民代表大会为载体的代议民主的关系。

第二,“人民代表大会—国家机构—公民”,人民代表大会产生各国家机构,国家机构按照科层制原理执行人民代表大会的意志,对人民代表大会负责,受人民代表大会监督;个体意义的公民因国家机构职权行使而与国家发生直接关联,产生权力服从、权利救济等具体法律关系。这是宪法的法治逻辑,政府、法院和检察院构成法治的科层制职权分工体系,常规救济机制也由这三类国家机构提供的救济构成。

第三,“公民—人民”,这是上述宪法整体逻辑得以持续运行并保持循环动态发展的动力所在。人民行使主权构建国家后,便不再轻易出场,由选举产生的代议机构决定国家事务。只有在特定的“宪法时刻”,如作为定期民意测评的选举,或因代议制失效而产生的公民抗议运动,“公民”才回归“人民”,重新进入人民主权轨道,形成对代议制的外部压力。这构成人民主权宪法秩序与代议制宪法秩序的二元分野与动态转换。在中国宪法语境下,公民向人民的身份转换,是通过党领导的群众路线这一主权方式达成的。《宪法》第2条第3款和第27条展现了这一主权方式。

在此逻辑中,从“公民”向“人民”的回归,应当是谨慎而适度的。因为人民直接出场会因组织化缺失而易陷入无序。在制度上,这一回归应当遵循从“国家机构—公民”下的常规救济机制向“人民代表大会—国家机构”下的宪法救济,直至最终的“公民—人民”的主权救济的递进顺序,并符合特定的条件设置和程序规范。就此而言,作为群众政治的信访,实际上并未遵循上述递进顺序,而是越过常规救济与宪法救济,直接进入依托民众角色转换的主权救济。这是引发当下信访困境的一个重要原因。

(三)信访困境的生成

在宪法逻辑中,由代议制构建的科层法治体系及其秩序,是宪法的常规秩序。它将普遍存在的多元阶

^① 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第131页。

层冲突纳入选举竞争和票决程序中,实现了社会冲突解决的合法化与和平化,因而构成维系社会秩序的常态机制和基础机制。^①但由于间接民主的固有局限,代议制可能因少数利益群体的操纵而无法反映多数人的利益诉求,更可能因多数人的垄断而忽视少数人的诉求。^②代议制一旦失灵,无法导入代议制的诉求便倾向于以溢出代议制的方式寻求解决。在宪法逻辑上,便是“公民”向“人民”的转换,亦是常规的代议制宪法秩序向人民主权的转换。经由人民主权的行使,虽可给代议制施加正当性压力,但这一转换往往是被迫为之。相较于定期选举的转换形式,这一形式因缺乏组织化和程序化的控制,极易陷入失序——鉴于“人民”话语的模糊而易于“被代表”,加之人民出场后难以根除的民粹流毒,此种从“公民”向“人民”的非正常转换往往形成对法律秩序的强大冲击。最近国际社会频发的街头政治危机便是此种逻辑的现实显现,其本质正是宪法危机。我国当下大规模信访潮和群体性事件的发生逻辑也与此趋同。

观察当下的信访潮和群体性事件,绝大多数是从代议制宪法秩序下的常规救济机制溢出的,某种程度上折射了由人民代表大会所构建的法治体系及其内含的常规救济机制的失灵。一方面,转型期特有的历史遗留问题、政策衔接问题等“客观性纠纷”^③无法有机对接法治逻辑主导下的常规救济机制;另一方面,作为代议制的人民代表大会制度的整体谦抑与代表结构的偏斜并不能有效导入民意诉求,公共政策立法的民主性相对缺失,难免在社会资源的初次分配环节上产生矛盾,使得常规救济机制应接不暇。同时,常规救济机制固有的专业化和职业化倾向,不断加剧着民众的疏离感。此种情景下,跳出代议制框架向人民主权的靠拢,成为民众的行动逻辑,信访也由此契合了群众政治的宪法意蕴。

当信访从人民主权的维度对法治体系形成外在的压力时,理想的做法应该是由法治体系作出及时的调整和回应。这是基于代议制宪法常规秩序的判断——宪法危机的消除,仍需回归代议制,将溢出的矛盾重新纳入法治框架,从而重塑秩序共识。这也正是群众政治与科层法治互动逻辑的体现。然而,实践中的所谓信访治理往往依托于“领导包案”和“维稳联动”的大信访体制,偏向于政治权威资源的主导型分配,徘徊在群众政治的轨道上,不断强化人民主权的冲击力,以致对作为常规宪法秩序之基本的国家机构产生巨大干扰。可以看到,在现实中,本应担当主力职责的常规救济机制,常作为综合治理的一个环节,被整合进入所谓的“大信访工作格局”。由此,宪法的整体逻辑始终停留在“公民—人民”环节,无法顺利延伸至“代议制—国家机构”环节,群众政治向法治的有效过渡被阻断,常规的宪法秩序也难以期待。

另一方面,信访向人民主权的游移并不彻底,它仍然与法治体系之间保持着若即若离的关系。尤其在机构设置上,国家机构体制本身也被信访裹挟。随着国家对信访工作的重视,信访机构几乎遍布于所有科层制的条块关系中,从政府职能部门到人民代表大会,从法院到检察院,都纷纷设置内部信访机构。然而,这一复杂化和细密化的格局往往缺乏必要的职责分工和衔接机制,各自为政、山头并立的现象较为严重,远未形成制度合力,不仅造成“病急乱投医”的多头信访乱象,还浪费了大量的信访资源,使信访制度改革陷入了资源投入不断增加却始终无法转化为制度效益的内卷化怪圈,严重破坏了科层制的职权运作逻辑。在维稳压力下,各种常规救济机制逐渐失去自我,甚至唯信访马首是瞻。涉诉涉法信访便是典型,它不仅不能有效化解矛盾,反而消损了作为司法公信力基础的裁判权威及其可接受性;不仅与审级制相悖,还使判决效力受到巨大冲击,以致有架空诉讼制度的危险。

此外,作为群众政治,信访的现实运行也不尽符合群众政治的应有内涵。群众政治作为新中国的政治传统,主要表现为处理人民内部矛盾的群众路线。群众路线是一种“民主的方法”,转化为公式,便是“团结—批评—团结”,即“从团结的愿望出发,经过批评或者斗争使矛盾得到解决,从而在新的基础上达到新

^① 参见[美]西摩·马丁·李普塞特:《共识与冲突》,张华青等译,上海世纪出版集团2011年版,第150—157页。

^② 参见[英]J. S. 密尔:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆2010年版,第85页;[法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆2011年版,第285—300页。

^③ 客观性纠纷是指,如果社会结构上的对立不解消就无法彻底解决的纠纷,对这类纠纷很难作出黑白分明的法律判断。而法律的任务是处理主观性纠纷,即与社会背景相对分割开来认知的个别的、表层的纠纷。参见季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

的团结。”^①信访事项处理中的协商方式与这一“民主的方法”有诸多相似之处。然而,协商方式却因高强度的压力型信访考核在很大程度上赋予访民反制官方的诸多力量和手段,导致公民维权方式的失范(如现实中常见的堵路、极端访、越级访等方式),甚至引发无理信访、谋利访甚至信访产业链等无序现象。^②这些现象虽非主流,但其辐射效应不可估量,且在应对方式上会使官方陷入两难:强硬的态度往往会导致更大范围的无序,而妥协则势必诱发效仿。在这种两难之下,群众政治内在的动态螺旋公式一定程度上让位于官方的“不出事逻辑”,^③难以发挥从外部聚集代议制压力的原初功能,最终扭曲了群众政治的宪法逻辑。而且,对群众政治的偏离,更难具有作为人民主权常态方式的定期选举的组织化功效,而易陷入无序。目前信访总体上虽还处在可控状态,但其中隐含的风险不容小觑。

综上,信访困境生成的宪法逻辑大体可表述为:一方面,作为人民主权意义上的群众政治,信访对法治体系的外在压力,并没有转化为法治体系的自我调整动力,反而还因法治的根基不稳干扰和僭越了科层制的职权运作逻辑,使其陷入“不出事”的维稳误区,人民主权向常规法治秩序的有效过渡也被阻断。另一方面,信访自身亦陷入非常规运作的怪圈,越发偏离群众政治的应有内涵,并被置于严重的路径依赖和结构二元结构的影响之中,积蓄着整体宪法秩序失控的风险。这是“群众政治—科层法治”二元结构的双重悖谬所叠加的困境。

四、信访纳入宪法监督体制的证成

针对信访困境,已有一些学者基于信访的实践功能提出在常规救济体制内寻求对应空间的思路。如应星教授认为应该发挥信访救济的独特优势,集中矫正其不讲程序、缺乏规范和主观恣意的弊端,将信访改造为行政诉讼与行政复议的过滤机制、补充机制和疑难处理机制。^④范愉教授提出借鉴申诉专员制度,将信访作为行政申诉救济机制的一个环节加以重构。^⑤上述构想在保持和延续信访救济优势的同时,强调其与行政诉讼、行政复议等救济方式的分工和衔接关系,具有一定的合理性。但是,将信访局限于行政科层内部,暂且不论程序和机构的过密化可能带来的副作用,单就矛盾的化解而言,此种常规救济机制是否有足够的权威、资源、魄力来冲破行政科层制各种明显或隐含的关系束缚,尚存疑问。更重要的是,上述设想均试图以科层法治的逻辑祛除信访背后的群众政治意蕴,而这正是导致信访困境的根源所在。

实际上,上述改造思路已经十分接近宪法逻辑中的一项重要制度——宪法监督。而信访在处理事项、价值追求和制度效果上与宪法监督极其相似,在宪法逻辑中的定位也与宪法监督存在高度契合。由此,将信访改造成为宪法监督体制的一环,不失为破解信访困境的有效出路。

(一) 信访彰显了宪法监督的内蕴

由于在处理事项、价值追求和制度效果上高度契合,信访实际上担负着宪法监督的部分制度使命,彰显了宪法监督的内蕴。这可从以下三个方面进行分析。

第一,处理事项。依据处理事项的不同,信访大体可分为涉诉涉法信访、政府执法类信访、政策性信访等类型。但不论何种事项,均可以归为两类侵犯公民合法权益的公权力行为,一是由公权力不当行使导致的枉法裁判、违法行政等违法失职行为,二是由公权力行使所依据的规范性文件(包括立法和政策)存在漏洞、冲突和不合理引发的立法或政策争议。而宪法监督的对象包括国家机构的立法违宪和一般行为违宪两种类型:立法违宪是指享有立法权的国家机构制定或发布具有普遍约束力的规范性文件、决议或命令违反宪法和立法法的情形;一般行为违宪,是指国家机构(主要是司法和行政机构)违反宪法和组织法规定的

① 毛泽东:《关于正确处理人民内部矛盾的问题》,《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第369页。

② 参见陈柏峰:《无理上访与基层法治》,《中外法学》2011年第2期。

③ 参见贺雪峰、刘岳:《基层治理中的“不出事逻辑”》,《学术研究》2010年第3期。

④ 参见应星:《作为特殊行政救济的信访救济》,《法学研究》2004年第3期。

⑤ 参见范愉:《申诉机制的救济功能与信访制度改革》,《中国法学》2014年第4期。

职权行为。^①可见,信访的处理事项与宪法监督的对象存在高度重叠。

第二,价值追求。宪法监督存在三重目标:一是为公民权利提供托底性的救济管道,与常规救济机制共同形成保障公民权利的周延体系;二是通过纠正国家机构的职权违宪行为和立法违宪行为,确保国家机构依据法定职权的有序运行;三是在宪法框架下维护法制的统一,弥补法律漏洞、消除法律冲突、撤销违宪恶法。根据《信访条例》的立法目的条款,信访制度的目标在于保持各级人民政府同人民群众的密切联系,保护信访人的合法权益。其中,保护信访人的合法权益正是针对常规救济机制所无法涵括或保护不周延的情形,是宪法的基本权利保障功能在信访领域的具体化。实践中普遍存在的政策性信访在某种程度上亦承载了宪法监督维护法制统一、提供周延救济的制度功能。至于密切联系人民群众的政治目标,则契合了宪法监督在宪法逻辑中的功能担当:宪法监督的主体是人民代表大会,人民代表大会处于“人民”与“国家机构”的中间环节,它因与主权者人民的关联而对国家机构拥有宪法监督职责,这也正是宪法监督实现上述三重目标的基础。因而,在宪法逻辑下,信访的这一目标与宪法监督一脉相承。

第三,制度效果。信访与宪法阶段均遵循穷尽法律救济原则,即作为兜底机制,防止矛盾溢出体制;作为矛盾终结机制形成终局判断,防止矛盾无休止循环。此外,对于转型期特有的历史遗留矛盾及各种客观性纠纷,常规救济机制显然是无法完全胜任的,而信访则在此方面具有强大优势,可谓矛盾多发期的安全阀。在功能配置上,现代宪制发达国家一般由宪法监督制度承担这一使命,即作为兜底机制,收揽那些常规救济机制所无法涵盖的矛盾类型,防止其溢出体制危及常规的宪法秩序。概言之,二者均是对那些业已穷尽常规救济的事项给予一次托底救济的机会,借由某个超脱于权力“利益之网”的权威机构,冲破各种利益束缚、克服体制阻力、控制权力滥用,为公民权利筑造最后一道防线。

应当注意,二者在处理对象所牵涉的主体关系上存在显著不同。信访面对的是公民与国家机构之间的矛盾,主要是因国家机构制定的法律政策、作出的决定、实施的执法或裁判行为侵犯了公民权利;宪法监督面对的则是国家机构的违宪行为,包括行为违宪行为和立法违宪行为。也就是说,信访担负的是针对国家机构侵权行为的权利救济功能,而宪法监督主要针对国家机构的违宪行为进行合宪性审查,不直接面向公民个体,是一种非直接的权利救济方式。这一不同也使得二者在机构设置、功能配置、处理方式与责任承担上存在差异。但这一差异不足以构成将信访纳入宪法监督体制的否定理由。一般而言,不当执法和枉法裁判原本可以通过常规救济机制内部的审级制、行政复议和行政诉讼等权力等内在监督机制得以矫正,无须上升到宪法高度(自然也无须通过信访解决)。然而,在当下权力庇护关系网仍未完全打破、以人财物为抓手的地方一盘棋的情形下,内在监督机制受到多方掣肘。而实践中大量存在的缠访缠讼现象表明,由于政治信任的流失和部分民众诉求的泛滥,即使客观上合情、合理、合法的公权力行为也可能因没有满足诉求而被质疑存在包庇。对此,只有求助于外在力量,才可能冲破各层关系束缚。这也符合宪法逻辑下从“国家机构—公民”下的常规救济向“人民代表大会—国家机构”下的宪法救济过渡之意图。在这个意义上,信访实际担负着宪法监督的一定功能。

对于立法(政策)违宪而言,我国宪法并没有赋予法院审查权,^②因法律漏洞、恶法或规范冲突所致的权益受损显然无法通过诉讼渠道获得救济。尽管按照《宪法》和《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)规定,公民可以申请启动立法监督程序,实践中立法监督制度的怠滞却使得信访成为最管用的诉求表达方式。易言之,在因立法(或政策)导致公民权益受损这一矛盾样态中,信访同样发挥着宪法监督的某种功能。

由上可见,尽管宪法监督不直接具有权利救济功能,但当其所处理的对象直接侵犯了公民利益时,其结果却因纠正违宪行为而有助于促使常规救济机制的公正处理,或因撤销违宪立法而为常规救济明确法

^① 参见刘茂林、陈明辉:《宪法监督的逻辑与制度构想》,《当代法学》2015年第1期。

^② 《中华人民共和国民事诉讼法》授权法院可在行政诉讼中对政策进行附带性审查,但审查范围不大,且受限于法院的职权范围和专业性障碍,只能提出司法建议。

律依据。这表明,信访与宪法监督在功能上具有内在一致性。在此意义上,将信访纳入法治化轨道的本质是将信纳入宪法监督体制。

(二)信访符合宪法监督在宪法逻辑中的定位

在宪法逻辑中,为保证立法行为和国家机构行使职权行为不偏离人民意志,宪法构建了两种从“人民主权”向“人民代表大会—国家机构”的压力输入机制:一是定期选举,经由选举重组的人民代表大会通过民主审议程序将新凝聚的民意转换为国家意志,指引国家机构的行动调整;二是宪法监督,由于定期选举具有周期性的缺点,为防止在选举周期内代议制失灵,就有必要设置一种常态的监督和保障机制,这就是宪法监督体制。

宪法监督是特定机构对国家机构的违宪行为进行合宪性审查并追究宪法责任的宪法机制。它通过纠正立法机构的违宪立法和国家机构的违宪职权行使来正确反映人民的意志,以确保人民代表大会及国家机构在民意的轨道上有序运行。就此而言,宪法监督是人民主权与代议制的制度连接点之一,构成了“人民主权”向“人民代表大会——国家机构”施加压力的传输机制。在当代中国,人民的主权地位实际是通过党领导的群众路线予以确立的。可以说,党领导下的群众路线是当代中国人民主权的一种宪法表达,塑造了人民主权的运作逻辑。亦即,将通过群众路线收集的人民意志传输给国家机构,要求国家机构进行政策调整以回应民意。在这个意义上,作为群众政治的信访,秉承群众路线的宗旨,体现执政党与人民的民主关联,是人民主权的一种实现方式。而其对民众诉求的回应,则是通过国家机构对执政党权威(背后是经由群众路线表达的人民意志)的遵从予以实现的。因此,信访也构成表达人民意志及向科层法治传输压力的制度化方式,这与宪法监督在宪法逻辑中的定位是一致的。

虽然信访与宪法监督处于宪法逻辑的同一位置,实践中二者在功能上也有所重叠,但这并不意味着信访可以完全替代宪法监督,而只能作为启动宪法监督的一个环节。宪法监督的启动一般包括监督机构主动启动[主要在《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)中规定]和特定主体要求启动(《立法法》第99条)两种方式。在现行宪法体制下,《立法法》第41条规定的公民申诉、控告、检举权,也应被理解为启动宪法监督的一种重要方式。具言之,国家机构依据立法机构制定的法律行使职权,常规救济机制主要围绕事实是否清楚、法律适用是否准确来裁判纠纷,如果存在救济机构滥用职权违法裁判和存在法律漏洞、规范冲突或恶法等问题时,常规救济机制便无从适用。此时,公民可依据《宪法》第41条,以批评、建议、申诉、控告、检举等方式要求宪法监督机构对救济机构滥用职权的行为进行监督,或者解决法律适用问题,从而为常规救济扫除障碍。当然,前两种启动方式也可以适用,但比较而言,信访方式因有权利诉求的推动和矛盾化解的压力而更具效果。更重要的是,信访作为一种群众政治,契合了执政党的群众路线方针和执政伦理,因而在政治资源和政治动力方面具有其他方式不可比拟的优势。因此可以说,信访作为程序性的衔接机制,架构了宪法监督与常规救济机制之间的沟通桥梁。在这个意义上,《宪法》第41条可以作为信访启动宪法监督的宪法依据。但只有置于宪法监督和常规救济机制间的逻辑关联中方可找准信访在宪法体制中的定位,而不至于将其泛化成为一种权利,以致变相鼓励信访对常规救济机制的僭越和侵扰。

由此,形成了基于信访关联的“宪法监督—常规救济机制”耦合结构。这一结构从自洽性和自足性两个维度展现出矛盾化解的有效性。在自洽性维度,常规救济机制因体制设计不合理导致的职权交叉问题在现实中并不少见,如职权分工模糊导致的责任推诿和诉求无门;或者受部门利益驱使而形成多头管理。此类矛盾无疑属于宪法监督问题。信访将此类问题导入宪法监督后,通过对国家机构的越权或职权不作为进行宪法审查,促使常规救济机制内部各国家机构各司其职、尽职尽责、积极作为,从而确保宪法的职权安排得以落实。而自足性对应着“公民—人民主权”的转换,是秩序动态循环的体现。面对转型时期社会风险的多发性和不确定性,自足性尤显重要,因为它关系着社会秩序可控性和正当性的维系。对此,通过信访的疏通,既可将穷尽法律救济而不能解决的矛盾导入宪法监督制度,防止矛盾溢出正式秩序框架,同时又可对常规救济机制是否合法履行救济职责进行外在监督。

将信访纳入宪法监督体制超越了将信访制度作为权利救济机制的局限,经由信访制度的串联,将常规救济机制与宪法监督机制整合成为适应转型期特点的自治、自足的社会秩序维系体制。在这个意义上,国家治理体系的现代化转型,很大程度依赖于信访制度的现代化转型。借由此种制度转换,不仅可因势利导地将信访的功能有机嵌入宪法体制,还可以现代化的宪制设计防止信访作为群众政治可能陷入的无序,走出偏离群众政治应有内涵的困境,寻找到信访法治化的可行路径。

五、信访纳入宪法监督体制的路径

当下信访制度在机构设置、运作程序、组织架构等各个方面均与理想的宪法监督制度相距甚远,这些差距正是时下信访制度受到诟病之处。因此,从宪法监督视角对信访制度进行改革,不仅是信访法治化的要义,也是将信访纳入宪法监督体制的路径。具体而言,应从以下几个方面着手:

(一) 机构整合

实施机构整合,是清除作为群众政治的信访对科层法治不当干扰的首要举措,也是凝聚常规救济机制体系合力的关键步骤。以专门信访机构为中心,以具有实质约束力的督办权为主线,将纵横向信访机构联结成一个整体网络,是一个可行的改革方向。^①

在我国宪法体制下,以全国人民代表大会及其常委会为核心,地方各级人民代表大会及其常委会共同构成宪法监督机构网络。在具体的机构设置上,学界尽管在具体职责和称谓上尚有争议,但在人民代表大会下设专门机构专司其职,已成共识。^②将碎片化的信访机构整合进人民代表大会体制,顺应了现行宪法体制的要求,也符合“人民—人民代表大会—国家机构—公民”的宪法逻辑。延续此种宪法逻辑,对国家机构的违宪行为的审查,只能由处于更高位阶的人民代表大会负责。《宪法》已赋予人民代表大会足够的制度权威和职权资源来处理信访矛盾。人民代表大会是权力机构,政府、法院和检察院由其产生、对其负责、受其监督。人民代表大会的这一权威,源自于对人民意志的表达,由此延伸至宪法中的主权逻辑,从而与作为群众政治的信访产生一定的交集,将现实中信访所依靠的政治权威导入宪法逻辑中,进而形成推动宪法实施、塑造宪法权威的合力。

在此种架构下,处于金字塔顶端的人民代表大会当然有权对穷尽行政和司法救济后仍未解决的纠纷进行最后审视,担负例外救济与终局判断之责。在职权上,《宪法》第104条和《立法法》第88条规定县级以上人民代表大会及其常委会有权撤销本级人民政府不适当的决定、命令和制定的规章;《监督法》第9条规定了人民代表大会及其常委会可以针对社会焦点问题(包括在调查中发现的突出问题、人民来信来访集中反映的问题、社会普遍关注的其他问题等)要求政府、法院和检察院做专项工作报告,并在第14条则详细规定了专项工作报告的处理和督办机制;《监督法》第六章和第七章还规定了“询问和质询”、“特定问题调查”的程序和工作机制。可以看到,上述规定几乎全面覆盖了对不当执法、枉法裁判或违法立法(政策)的处理。换言之,人民代表大会的监督职权基本涵盖了信访所要处理的全部事项。既然如此,就不必在现有制度外另起炉灶。

(二) 职权配置

将信访纳入宪法监督,意味着在职权范围上信访将从直接救济转为间接救济,从而明确与常规救济机制的职权分工。如此,既不至于将矛盾拒斥于外造成秩序真空,又可借助于宪法监督的高位权威与违宪责任的震慑,倒逼常规救济机构依法履行职权。

依据宪法监督的对象范围,作为启动方式的信访的职权范围包括以下两项:一是监督常规救济机构在处理矛盾时是否存在枉法裁判、违法执法等行为违宪情形。该项并不涉及矛盾本身,而仅限于对常规救济

^① 参见吕普生:《中国行政信访的体制结构及其改革》,《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2012年第6期。

^② 参见季卫东:《合宪性审查与司法权的强化》,《中国社会科学》2002年第2期;林来梵:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版;刘茂林、陈明辉:《宪法监督的逻辑与制度构想》,《当代法学》2015年第1期。

机制是否合法行使救济职权进行监督。常规救济机制本身内含纠错制度,但由于科层制的职权异化(如压力型体制和地方关系庇护),这一内在纠错制度时有失灵,甚至形成不同机制间的“共谋”。此时便需要一种更高级的监督从外部摧毁“共谋”关系,矫正职权失灵和异化。这一方式的前提预设是,常规救济机制是科层分工下矛盾处理的专业化选择,即使出现问题,也只能通过外在施压的方式促使其矫正,而不能越俎代庖。这也是《监督法》内在逻辑的体现。二是监督常规救济机制的规范依据是否存在违法违宪情形。该项实是对立法(政策)的宪法监督,以防止违宪立法造成公民权利保护不周。在这里,常规救济机制的救济职权行使不存在问题,而是因为援引适用的规范依据存在漏洞、违反上位法或彼此冲突而无法有效化解矛盾。此时,需要依据宪法加以解决,但囿于常规救济机构没有宪法适用权,须通过一定的程序转接将该问题交由宪法监督机构处理,以妥善解决立法争议。而立法争议一旦解决,相关矛盾即可迎刃而解。这一方式本质上是常规救济机构主体地位的体现,对应于《立法法》第五章“适用与备案审查”。在这一项中,应特别注意客观性纠纷。信访对此类纠纷的处理权限为其中涉及的立法问题,如历史遗留问题中的政策协调、国企破产中的下岗职工安排政策制定。在具体处理时,应视不同情况而定:如果常规救济机制予以受理,那么可能会因为立法适用问题而进入宪法立法监督环节;如果受限于受案范围而无法获得常规救济,那么,为防止其溢出秩序框架,宪法监督就有必要成为兜底救济机制,开设专门的宪法救济通道受理此类矛盾,但其处理方式仍然不能超越上述职权范围,应在解决相关问题后移交常规救济机构。

总体而言,在处理程序上,信访纳入宪法监督后,应严格区分监督与救济,以监督助力救济;在处理顺序上,先围绕救济职权是否违反组织法规定、矛盾处理的立法依据是否违宪进行判断,再回归常规救济渠道。这意味着其救济方式为非直接救济。相应的,在责任承担上限于违宪责任追究,以此倒逼具体的矛盾处理和权利救济。通过理顺包括群众政治和科层法治在内的社会秩序维系体制的逻辑,调动宪法监督与常规救济机制、法律适用与法律监督、组织法与权利救济法之间的有机联动。

(三)协调改革

信访纳入宪法监督机制,还有赖于与宪法监督一侧相呼应的常规救济机制的协调改革。这是因为,常规救济机制是秩序维系的基础。常规救济机制化解的纠纷愈多,法治化程度就越高;反之,如果常规救济机制的解纷能力裹足不前,相关改革成果也就无法落地。

依据我国宪法体制的职权构成,常规救济机制主要包括政府的行政救济、法院的司法救济以及检察院对行政救济和司法救济的法律监督。三者内部各自具有一定程度的体系化救济能力。但是,当下常规救济机制的改革难题在于,其运作被狭隘的维稳观所裹挟,亟须进行符合自身宪法职权定位的协调改革。这也正是党的十八届四中全会关于常规救济机制的改革方向所在。

在常规救济机制中,法院的司法救济是中心环节,诉讼制度是司法救济的主要载体。为此,新一轮司法改革强调以审判为中心的诉讼制度改革,在外部以各种措施保证审判机构依法独立行使审判权,在内部推动司法职权配置的优化,并试图通过员额制改革提升审判队伍的专业化程度,同时更好地落实责任追究。改革重点在于以提升纠纷容纳能力为目标的诉讼过程改革,让裁判结果与诉讼过程形成关联,而尽量减少外界的不当干扰。就当下而言,有三点为当务之急。

第一,将涉诉涉法信访从法院抽离出来,排除其对审判权的不当干扰。目前涉诉涉法信访是已成为基层法院的沉重负担,并在很大程度上冲击了裁判的可接受性和司法的权威,成为落实诉访分离的信访法治化路径的一大挑战。如果将信访作为宪法监督体制的一环,涉诉涉法信访就失去了存在必要。涉诉涉法信访只能在几种例外情况下存在:一是涉及法院枉法裁判;二是涉及法律适用的违宪问题;三是超出法院职权范围的客观性纠纷。而这几种情况属于宪法监督的职权范围,涉诉涉法信访便成为启动宪法监督的方式,由专门结构予以承接,按照职责分工原理处理对应事项,将法院从涉诉涉法信访的纠缠中解脱出来。

第二,建立符合司法规律的错案追究和人员考核机制。错案追究机制不能以结果作为评判标准,办案人员考核机制也不能奉狭隘的稳定指标为圭臬。这是因为,法院裁判本就难以两全,有一方胜诉就注定有一方败诉。以当事人是否上访为考核标准,以超越诉讼过程的他方评判为错案参照,显然有悖于证据原理

查明事实并适用法律的职权行使过程,使如何避免信访的考虑取代独立的专业判断。因此,错案追究和人员考核应回归司法规律,严格限于证据的适格性、法律适用的正确性和裁判结果的合理性等标准。

第三,不宜全盘铺开立案登记制。立案登记制改革力图以降低诉讼门槛扩大诉讼容量,以减轻信访压力。且不论这一改革是否与诉讼法中的法院立案规定相符,单就法院而言,其承受的压力无疑将进一步放大,而在员额制制约办案力量的背景下,如何安放扩大的诉讼容量,还应慎重斟酌。问题的根本还在于法院解纷能力难以在短期内迅速提升。应当说,在相关改革完成后,通过立案登记制扩大诉讼容量的设想还是可以预期的。但就司法改革刚刚起步的当下而言,全面铺开显然不现实。对此,可采取相对保守的策略,在形式审查原则下坚持立案审查制。对于那些处于可立可不立模糊地带的纠纷放宽立案标准,既可通过相对宽松的审查拓宽受案范围,也可通过一定程度的形式审查制约滥诉。同时,在一些转型期的矛盾多发领域,如土地纠纷、历史遗留问题等,可先行立案,再根据信访纳入宪法监督体制后的职权调整进行相应处理。

六、结语

将信访纳入宪法监督体制,实际是让信访保持与主权权威的关联,导入据以支撑信访实践功能的权威资源,通过权威机构的职权监督将主权压力传输给科层法治体系,从外部促进其调整,同时又以制度化规约防范回归主权所导致的无序与激情,克服当下信访群众运行方式所致的困境,推动人民主权向代议制常规宪法秩序的顺利过渡。就信访改革而言,这可谓是以一种具有承继性、成本风险较小且符合政治伦理从而拥有政治号召力的思路。

将信访纳入宪法监督体制,也构成完善我国宪法监督机制的重大契机。我国现有的宪法监督制度在很大程度上处于休眠状态。将信访纳入宪法监督体制,以恰当的方式激活宪法监督,可借助信访的实践惯性推动宪法实施。在具体思路上,基于不同事项的信访启动,可分别对应行为违宪宪法监督、立法违宪宪法监督和兜底性宪法救济,从而促成宪法监督结构框架的完善。由此,对信访的路径依赖合理地转换为对宪法的制度信任,这正是国家治理体系在权利救济领域的一次现代化转型。

责任编辑 谭冰霖

监察体制改革促进监督体系贯通的逻辑与路径

秦 小 建*

摘 要:监察体制改革前,原有监督力量较为分散,难以形成监督合力。监察体制框架构造完成后,促进监督体系贯通就成为深化监察体制改革的目标。监察体制改革是对监督体系的结构调整,但由于监察监督的相对集中,也给监督体系贯通带来新的挑战。应立足监督体系的构造逻辑,重点关注“如何避免监察监督的单兵作战”“如何实现监察监督与其他监督机制的联动”“如何促进人员监察与行为监督的衔接”³ 大议题。在“人员腐败—职务违法或犯罪—公权力行为失当”的腐败逻辑中,监察监督专司人员监察。从有效的人员监察延伸到对公权力行为的规范控制,则有赖监督体系内各监督机制的衔接配合。在此基础上,应探索人员监察与行为监督的联动,形成监察监督与公民监督和人大监督的对接。

关键词:监察体制改革 监察法 监督体系 腐败治理

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2022.02.008

一、问题的提出

在宪法体制中,控制权力的模式有两种:一是制约,即基于权力行使的过程性,将其分解为若干环节,分别交由不同的机构行使,使其合理分工,彼此制衡。制约以科学的职权分配为前提,否则便可能陷入推诿或对抗,减损权力运行的效率。二是监督,即基于权力的功能性区分,按照专业化的职能分工,设立专门的监督机关,对被监督对象进行单向的监察、督促和追责。^① 与制约模式不同,在这种模式下,监督机关与被监督对象之间不存在职权交叉,因而可保障被监督权力独立行使,但较为强调监督机关的权威。在我国,以民主集中制为原则组织起来的宪法体制更加强调整监督。监督嵌入“决策—执行—监督”的功能性分权结构中。对应决策体制与执行体制的功能区分、内部结构设计和运行过程,监督也从单向的一元化权威控制模式,转向由多种监督机制

* 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师

^① 参见陈国权、周鲁耀:《制约与监督:两种不同的权力逻辑》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013年第6期。

构成、功能界分清晰、权限划分明确、程序设置适当的法治化监督体系。

现有研究对监督体系的梳理,大多停留于对具体监督机制的列举,^①有的涉及各监督机制结构层次的体系安排,^②也有学者从监督主体、对象、事项、方式方法、对监督者进行监督等监督体系的要素展开体系性的研究。^③但尚未有从宪法体制的规范结构维度对监督体系的构成逻辑进行揭示的研究。这一研究现状,在客观上与我国监督体系的构建过程有关。我国监督体系在构建之初并未进行系统的设计和规划,而是在国家体制变迁的背景下渐进发展起来的。这导致不同监督机制之间的职权分工、范围划分和责任区分并不十分清楚。并且,在其发展过程中,在部分监督机制效果不佳时,国家又不断创设新的监督机制,由此出现叠床架屋、纵横交错的多重监督,^④从而进一步扰乱了本就不甚清晰的监督体系的逻辑。

监督体系的构成逻辑,是分析当前监督体系不贯通、缺乏监督合力问题的理论基础。有学者认识到,与传统权力监督强调自上而下的单向监督不同,现代监督体系是一种“循环监督链”,强调各监督机制间的协调配合。^⑤但从监督体系贯通的具体方案来看,现有研究虽然指出监督权配置失衡、监督机制之间衔接机制不畅通等问题,但要么缺乏体系性的规范支撑,局限于“头痛医头、脚痛医脚”的建言;要么停留于对“以党内监督为主导,推动各类监督有机贯通、相互协调”这一重要精神的表面理解,^⑥未触及“主导”的规范含义及其对应制度结构。

贯通监督体系、增强监督合力,是监察体制改革完成职权配置和体制构造后的下一阶段目标。党的十八大后,国家启动监察体制改革,组建了各级监察委员会,同党的纪律检查机关合署办公,实现了对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖。在此基础上,“构建党统一指挥、全面覆盖、权威高效的监督体系,把党内监督同国家机关监督、民主监督、司法监督、群众监督、舆论监督贯通起来,增强监督合力”。^⑦下一阶段,监察体制改革对其他监督机制会产生何种影响,能否以此为契机促成监督体系的贯通,等等,均须立足监督体系的构成逻辑进行深度追问。2021年颁布的《中华人民共和国监察法实施条例》(以下简称《监察法实施条例》)第21条明确规定了监察监督与其他监督机制“贯通协调,健全信息、资源、成果共享等机制,形成监督合力”的目标,并进行了一定的制度化努力,但还须从体系上着力展开。本文立足于监督体系的构成逻辑,尝试分析监察体制改革对监督体系的结构影响及其挑战,探讨监察体制改革促进监督体系贯通的路径。

二、监督体系的构成逻辑

监督体系是由不同监督机制在明确的监督职权分工的基础上,通过有效的协调配合所形成

① 参见贺洪波:《十八大以来健全党和国家监督体系的制度逻辑》,《探索》2019年第3期。

② 参见任建明、洪宇:《党和国家监督体系:要素、结构和发展》,载蒋来用主编:《廉政学研究》2018年第1辑,社会科学文献出版社2018年版,第24~43页。

③ 参见王宏哲:《党和国家监督:体系、要素与融合》,《治理现代化研究》2021年第5期。

④ 参见孙笑侠、冯建鹏:《监督,能否与法治兼容——从法治立场来反思监督制度》,《中国法学》2005年第4期。

⑤ 参见张桂林:《国家廉政体系的基本认知与构建中国特色监督体系》,《政治学研究》2019年第5期。

⑥ 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,人民出版社2019年版,第41页。

⑦ 习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》,载习近平:《习近平谈治国理政》(第3卷),外文出版社2020年版,第52页。

的有机整体。在监督体系中,各种监督机制分工明确,各自具有不同的监督范围、监督职权、监督方式和手段、监督程序和责任设置,监督机关的性质也不同。各监督机制之间具有互补性,在分工的前提下协调配合,既要实现对各个层次、各个部门、各个领域的监督全覆盖,也要实现功能互补,增强监督合力。由此,可将监督体系的构成逻辑提炼为3个层次:第一,在体系内的监督机制布局上,多种监督机制在统一领导下明确各自的功能区分,各司其职,实现监督全覆盖;第二,在监督过程中,针对同一监督对象,实现不同监督机制的联动,形成监督合力;第三,细分被监督权力的运行过程,分别设置监督机制。

(一)以功能区分为前提的监督机制分工

在宪法体制的结构视角下,各监督机制的功能区分,取决于监督机制所处宪法体制不同结构的功能设定。若没有基于功能的监督分工,则笼统的权力监督势必引发监督错位。宪法体制的结构分化,意味着权力格局和权力功能结构的分化。易言之,整体意义上的权力监督,已被分化为基于功能分权的职权监督。这也决定了各监督机制在监督对象、方式和权限等方面的区分。

基于《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)序言、第2条、第3条及第二章的规定,中国宪法体制的规范结构可表达为下图式:“党领导人民—人民代表大会—国家机构—公民”。具体而言:第一,党领导人民的主权结构。党通过群众路线、多党合作和政治协商、党内民主等民主渠道凝聚人民意志。第二,以人民代表大会为中心的政体结构。人民代表大会作为权力机关,将人民意志转化为以法律为主要形式的国家意志,并产生行政机关、监察机关、审判机关、检察机关等国家机关。第三,以国家任务实现和基本权利保护为目标的治理结构。国家机构通过对法律的执行、适用和监督等职权行使,将国家意志具体化为公民个体的权利义务,落实“国家尊重和保障人权”之宪法目标。由此,在宪法体制各个环节的功能耦合下,抽象的国家目标和国家任务被融入宪法体制的民主过程,经由人民主权正当性加持的“立法(决策)—执法(执行)”结构,实现对公民的权利保护。这是现代国家治理的人民性和民主性原则的理想呈现。^①

然而,理想逻辑的运行也面临复杂实践的诸多偏离。在组织结构的各个功能环节设置监督机制,确保各环节职权的规范行使,并有效纠正实践偏离,就成为一种务实的制度选择。在中国宪法体制的各个功能环节,均设有监督宪法功能实现的监督机制,详述如下。

第一,在“党领导人民”的主权结构之下,设置党内监督。习近平总书记指出:“党内监督在党和国家各种监督形式中是最根本的、第一位的,但如果不同有关国家机关监督、民主党派监督、群众监督、舆论监督等结合起来,就不能形成监督合力。”^②依据《中国共产党党内监督条例》的规定,党内监督是一个体系,包括党委(党组)全面监督、纪律检查监督、党的工作部门职能监督、党的基层组织日常监督、党员民主监督5个方面。党的十八大以来,在党委(党组)全面监督设置巡视监督,党的强化派驻监督,构成党内监督体系的新发展。就功能而言,党内监督是主要针对党员领导干部的党风廉政建设和组织纪律的监督,目的在于维持执政党的“先锋队”性质,保持执政党与人民的密切关联,增进执政党领导人民之主权结构的正当性。同时,执政党对人大和国家机构是否有效落实人民意志进行监督。这种监督主要通过政治、思想和组织领导等方式实现。

^① 参见秦小建:《中国宪法体制的规范结构》,《法学评论》2021年第2期。

^② 中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会、中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于坚持和完善党和国家监督体系论述摘编》,中央文献出版社、中国方正出版社2021年版,第162页。

第二,政协民主监督置于主权结构之下。民主监督的性质、方式和功能定位取决于政协在宪法体制中的定位。政协作为社会主义协商民主的载体,在执政党形成国家总体战略时汇聚社会各阶层意志,促成执政党对社会多元诉求进行全面权衡。因此,政协的民主监督首先是针对执政党关于国家总体战略决断及其贯彻落实情况的批评建议和民主审视,以此延伸至对这一过程中党员和国家机关工作人员遵纪守法和工作作风的监督。

第三,在“人民代表大会”政体结构下,设置对代表的监督和代表对人大常委会的监督。这一监督旨在维系“代表—人大—人大常委会”的意志同一,防止代表偏离人民意志,也防止人大常委会将自身的意志凌驾于代表的意志之上,保证人大作为权力机关对人民意志的遵从。

第四,在“人大—国家机构”治理结构下,设置人大及其常委会对国家机构的监督。人大对国家机构的监督源于民主集中制原则,对应于人大进行重大事项决定、国家机构负责实施这一职权分工逻辑的制度安排,以保证国家机构实施和适用法律的行为不偏离人大的意志。听取和审议专项工作报告、执法检查、询问和质询、特别问题调查、规范性文件备案审查是主要的监督手段。

第五,在“国家机构”治理结构层面,设置检察机关的法律监督、监察机关的监察监督、审判机关的审判监督、审计监督等机制。治理结构主要承担法律实施和议题治理功能,但在“行政机关—监察机关—审判机关—检察机关”的架构下,对人大意志的落实,主要有行政机关执行法律和审判机关适用法律两种方式。反映在监督逻辑上,分别是两个国家机关的专项监督:一是检察机关的法律监督,主要针对行政机关和审判机关执行和适用法律行为的监督;二是监察机关的监察监督,主要针对行使公权力人员的监督。同时,在行政机关和审判机关的职权配置中,又设有两类监督机制:一是行政诉讼,系审判机关对行政行为进行监督的一种方式;二是行政机关内设的审计监督,系从经济收支方面审查和监督政府行为合法性及人员廉洁性的监督方式。监察机关与“党领导人民”环节的纪律检查机构合署办公,超越了宪法体制的单项功能设置,与其他环节发生直接关联,试图形成对宪法体制的结构贯通。就此而论,理顺治理结构下的监督机制设置及其内在逻辑,是厘清监督体系构成逻辑的重要方面。

第六,在“公民”一端,设置公民监督。公民监督是公民对国家机关及其工作人员提出批评建议、促使国家机构及其工作人员依法行使职权的监督方式。基于宪法体制的逻辑结构,公民监督包括两个层次:一是治理结构下的常规救济机制和批评建议机制;二是监督诉求相对普遍化,个体诉求向公众意见汇聚,形成舆论监督和群众监督。

(二) 针对同一监督对象的监督机制联动

监督体系中的不同监督机制具有功能互补性。倘若没有功能互补性,那么所谓功能界分就会造成对监督体系的碎片化切割。各监督机制之间的功能互补,体现在针对同一监督对象的监督机制联动和覆盖权力运行全过程的监督整合。

1. 横向结构的监督联动

各监督机制虽然都有明确的监督对象,但是囿于各自职权和资源的有限性,无法单凭一己之力完成对违法失职或贪腐行为的全面监督。并且,在违法失职或贪腐行为的预防教育、线索发现、调查处理等方面,不同的监督机制各具功能优势。因此,监督体系就必须考虑,如何通过监督机制的联动实现优势互补,从而强化监督合力。在横向结构上,针对同一监督对象,各监督机制的联动,体现为“执政党监督—国家监督—公民监督(舆论监督)”的配合。

一方面,公民作为权力秩序的服从者和直接的利害关系者,具有发现和处理违法失职或贪腐

行为的动力。监督体系得以有效运转的关键是,如何通过特定的制度方式,将公民监督的动力导入监督体系,促使有权处置的国家监督机制积极启动调查和追责程序。舆论监督和社会监督,可将违法失职和贪腐行为置于社会舆论的关注之下,但无法对违法失职和贪腐行为进行直接处理,而必须与国家监督形成制度关联,在为国家监督提供监督线索和信息的同时,也对国家监督的有效行使施加压力。与此同时,国家监督机制亦须明确将回应公众关注作为监督职权展开的重要依据。例如,《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)第9条明确规定“社会普遍关注”是专项工作报告确定议题的来源。另一方面,基于党和人民群众的血肉联系,党通过群众路线、组织纪律检查、党风教育活动、党风政风举报等路径,可获得众多违法失职和贪腐行为的线索。由此构建的线索核实、处置和移送程序,实际上是将执政党权威导入国家监督,促使国家监督保持高效运转的关联性制度设置。

2. 内部监督与外部监督的协调

内部监督置于权力系统内部,具有及时性、灵活性的特点。较之于刚性的外部监督,内部监督首先以纠正违法失职行为为目的,具有一定的柔性商谈空间。但这种特性也在一定程度上降低了监督刚性。外部监督虽然具有规范性、单向性、权威性等特点,但是如果不能与内部监督形成协调,那么就可能会因为缺少缓冲空间而造成监督方与被监督方的龃龉。因此,在监督体系中,对权力的监督应当注重内部监督和外部监督的协调,这在对行政权的监督和对审判权的监督两项体制安排上分别呈现不同的改革诉求。

以对行政权的监督为例,在监察体制改革之前,分别设有针对人员的行政监察和针对行为的行政复议。行政监察职权转隶监察机关后,在客观上造成针对行政系统内部人员监察的空缺。在实践中,行政机关也采取了督查、约谈等监督方式,但这些方式侧重对违法职权行为的纠正,一般不直接涉及对人员的问责追责。在机构改革的背景下,行政复议权威有所弱化,目前虽然还保留审计监督,但行政机关的内部监督已难以单独承担起自我监督的重任。虽然行政诉讼和监察机关监察在外部加强了对行政权的监督,但是可能会因为内部监督的不足而打破监督体系的结构平衡。行政机关的内部监督置于行政系统内,大体可以理解、尊重和维持行政机关的专业逻辑;而外部监督由于专业逻辑的差异,可能导致对行政权专业逻辑的抑制,从而影响行政权的积极高效行使。与此同时,在削弱行政系统内部监督力量的同时,应重构行政机关内部的监督体制。这也是在监察体制改革背景下政府机构改革中一个不可忽视的议题。

(三) 基于“人员贪腐—职务违法犯罪—不当权力行为”逻辑的体系整合

对权力的监督,既是对行使权力人员的监督,也是对权力行为的监督。那么,在制度逻辑上,对人员的监察如何延伸至对权力行为的监督?对权力行为的监督,又应如何关照对人员的监察?在监督的视角下,权力并非一个单一客体,而是具有复杂逻辑的运行过程。这决定了监督机制的设置不仅应当关注权力运行的具体环节,还应基于权力运行的整体逻辑形成监督整合。

“国家只能通过其机关而行为……法律秩序只能由秩序本身所选定的人来创造和适用。”^①权力运行存在权力行使机构、职权行为和行使职权人员的逻辑区分。“任何一个国家机关的职权都是由具体的国家机关工作人员来行使的,因此约束权力既要对国家机关作为一个机构整体的

^① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第288页。

履职情况进行监督,同时也要对代表国家机关行使职权的公职人员的具体职务行为进行监督。”^①但由于监督对象的性质不同,因此对国家机关的监督和对公职人员的监督所适用的机制和程序也不同。二者既相互配合又彼此制约。也有学者基于腐败总具有权力行使人与权力之间的融合关系的认识,提出“对人监察”与“对事监察”的界分。^②依此,权力监督指向两个层次:一是对权力行为的监督,二是对行使公权力的公职人员的监督。行为与人员之间存在内在联系——权力行使人员只有通过滥用权力所掌握的公共资源,才能获得利益;也只有通过对权力行使人员的渗透,才能借助权力介入公共资源分配来获得不法利益。

人员腐败反映在公权力行使中,首先表征为职务违法或犯罪。职务行为是以国家机关名义实施的权力行为。一般而言,基于组织设计原理和有效监督的考虑,一个权力行为在内部会被分解为若干职责,由不同的人员承担。某个关键环节的职责行使出现违法或犯罪的情形,会最终导致权力行为的偏差;反之,如果公权力行为出现问题,那么亦可追溯至某个环节履行职责的人员。因此,腐败的逻辑链条可表述为“人员腐败—职务违法或犯罪—行使权力行为不当”。

在监督腐败的链条中,“人员贪腐—职务违法犯罪”是监察监督的专门对象,“不当权力行为”则是行为监督的对象。基于治理腐败逻辑,监察监督首先对人员腐败和职务违法犯罪行为进行专门监督;基于人员腐败、职务行为与公权力行为的内在关联,为实现以人员监察促进权力规范运行的监察效果,在监察监督与行为监督之间应建立联动机制。这是形成监督合力的必然要求。

三、监察体制改革促进监督体系贯通的主要议题

监察体制改革的一个背景是,原有监督体系相对分散,且交叉重叠,监督合力不强,^③因此,需要通过部分监督机制的职权转隶和机构整合来重新理顺监督体系。在改革的具体举措上,通过监察体制改革促进监督体系贯通,主要通过以下3大措施完成:第一,将行政监察和检察机关反贪反腐等职权转隶,构造监察监督;第二,将监察监督置于人大体制之下,与检察机关的法律监督、审判机关的审判监督,共同构成“国家机构”层面的3大监督机制;第三,将监察机关与党的纪律检查机构合署办公,增强监督的权威,实现对国家公职人员的监察全覆盖。这一形式分离但实质合一的整合方式,将来自执政党的政治权威资源导入监察监督中,使其获得更高的权威。^④

在特定的时代背景下,监督体系的贯通是通过监察体制改革来促成的。监察机关与党的纪律检查机构合署办公,创设新的监察监督,让监察监督发挥枢纽作用,推动其他监督机制与监察监督的协调配合,构成了监督体系贯通的主要路径。值得追问的是,通过监察体制改革贯通监督体系的目标设想是否已经实现?《监察法》作为组织法、行为法和程序法的统一体,落实了宪法体制的结构调整思路,但对于贯通监督体系、增强监督合力有所忽视,尤其是在监督体系贯通的机制设计上着墨不多。并且,监察监督作为新的监督机制,可能对监督体系的贯通带来挑战。回应

① 刘小妹:《人大制度下的国家监督体制与监察体制》,《政法论坛》2018年第3期。

② 参见周乐军:《“对人监察”抑或“对事监察”——论我国监察委员会监察权的边界》,《时代法学》2018年第4期。

③ 参见李建国:《关于〈中华人民共和国监察法(草案)〉的说明》,中国法制出版社2018年版,第3页。

④ 参见翟志勇:《监察委员会与“八二宪法”体制的重塑》,《环球法律评论》2017年第2期。

上述问题,应立足监督体系的构造逻辑,关注以下3个议题。

(一)如何避免监察监督的单兵作战

通过监察体制改革促进监督体系的贯通,应当分为两步:一是通过转隶部分监督职权和设立监察监督,厘清各监督机制在监督体系中的职责定位,从而理顺监督体系的逻辑,使监督体系下的各种监督机制在清晰的功能界分格局下各司其职;二是明确监察监督与其他监督机制的结构性关联,疏通各种监督机制相互贯通的障碍。

监察体制改革对监督体系的影响是结构性的。其不仅创设了一个新的监督机制,而且也是对监督体系整体逻辑的结构性改造。监察体制改革将“党领导人民”和“国家机构”两个环节的监督合二为一,对原本的体系逻辑进行了一定程序的变革。但是,这也可能导致处于枢纽地位的监察监督陷入单兵作战、其他监督机制被动跟进的境况,各自的监督职能难以有效展开。作为监督体系的有机组成部分,监察监督的职权和功能具有有限性。这就要求,基于监察监督在监督体系中的宪法定位,在《监察法》实施的过程中对具体问题的方案探索应当严守职权边界。若不属于监察职权范围内的问题,则应尝试从监督体系的整体视角寻求解决。当前而言,厘清监察监督在监督体系的功能定位,明确其功能界限,是避免单兵作战的当务之急。

(二)如何实现监察监督与其他监督机制的联动

在监督体系的整体视角下,监察体制改革始终面临监察监督与其他监督机制衔接配合的实践命题。首先,监察监督位居“国家机构”环节,与人大监督和公民监督形成结构性关联,而公民监督又与群众监督和舆论监督具有内在联系。监察体制改革拓展了公民监督的方式和渠道,它以规范化的程序运行,直接导入并依程序处理公民对国家机关及其工作人员的监督诉求。从监督体系的角度看,监察监督与公民监督形成对接,并与人大监督发生关联。三大监督机制的对接,在客观上将溢出体制的非正常权利救济行为重新拉回常规救济轨道。因此,通过监察体制改革来促进监督体系贯通,无法回避“人大监督—监察监督—公民监督”这一结构性视角。其次,从各监督机制相互协调的角度看,《监察法》较为关注其他国家机关对监察机关的配合和协助,但未充分考虑监察机关与其他监督机制的联动协调,以及对其他监督机制的支持和配合。囿于这一思路,很难从制度上调动其他监督机制的主动性和积极性,无法有效形成各种监督机制之间的联动。最后,监察体制改革将部分监督职权进行转隶,在客观上导致监督体系的格局发生变化。例如,行政监察转隶监察机关后,监察机关对行政机关的外部监督,如何在保证外部监督刚性的情形下延续原有行政监察这一内部监督所特有的优势,就是值得思考的问题。又如,在检察机关反贪反腐职权转隶的情况下,如何增强其监督权威,从而有力支持新的法律监督方向,也值得关注。

(三)如何促进人员监察与行为监督的衔接

监察机关的监察监督与检察机关的法律监督,共同对行政机关和审判机关进行监督。然而,在检察机关法律监督的定位原本就不甚清晰的情形下,转隶反腐职权所引发的功能转型势必在监督体系中产生连锁反应。监察与刑事诉讼程序衔接在一定程度上回应了这一问题,有关检察机关改革走向的讨论则从外部深化了对检察机关宪法定位的认识。^①在监督体系中,检察机关的法律监督,是对行政机关和审判机关适用法律行为的专门监督。反腐职权转隶后,法律监督的定位更为明确。在“国家机构”层面,就监察监督与法律监督的分工而言,对行使公权力人员进行

^① 参见田夫:《检察院性质新解》,《法制与社会发展》2018年第6期。

监督的监察监督,如何纳入人员监察与行为监督的衔接体系,是促进监督体系贯通的重要议题。

通过人员监察联动行为监督,将反腐成果延伸至对腐败背后的权力行为的制度审视,极大地释放了反腐的制度效益,使得反腐与权力规范运行、公民权利救济产生了一体两面的密切联系。这一功能升华,在为反腐工作提供自下而上动力的同时,也将腐败治理过程中的民意支持和政治资源通过监察监督注入监督体系,由此彰显以制度化反腐促进权力规范运行的法治逻辑。这是腐败治理在现代化国家治理体系中的恰当功能定位,但其前提是,由监察监督启动的监督体系本身是贯通的,如此方能实现诸种机制间的联动。

四、监察体制改革促进监督体系贯通的路径

(一)明确监察机关专司人员监察的功能定位

依据《监察法》第1条和第3条的规定,监察机关是行使国家监察职能的专责机关,对行使公权力的公职人员进行监察,调查职务违法和职务犯罪。从《监察法》第11条规定的职权内容看,监察机关的职权范围被限定为公职人员职权行使的合规性、廉洁性与道德操守情况3项,由此可确认监察机关作为“反腐败专责机构”的定位。^①这一定位意味着监察监督是一种人员监察机制,针对行使公权力的公职人员是否存在贪腐或渎职情形进行监察。人员贪腐通常都是通过职务行为反映出来的,因而对职务违法和犯罪的调查与对人员的监察通常是同步进行的。

依据这一定位,监察监督不直接涉及对公权力行为的监督。这也是由我国宪法体制的组织逻辑决定的。基于宪法上的职权配置,监察机关不能直接对其他国家机关的职权行为作出命令。因此,监察监督并未将公权力行为纳入监察监督的范围。但这并不意味着监察监督不关注公权力行为的规范行使。虽然在逻辑上存在人员监察与公权力行为监督的范围划分,但对公权力行为的监督与对国家工作人员的勤勉廉洁控制之间存在密切的联系。公权力违法行为往往掺杂着行使公权力人员的贪腐渎职行为。创设监察监督的改革决策,就是立足这一实践判断,试图通过加强对人员贪腐的查处力度来促进公权力的规范行使。

在制度设计上,应当考虑人员监察与行为监督之间的逻辑区分及联系。在监督体系中,基于监督体系的分工逻辑,监察监督专司人员监察。但可通过监督机制的联动与监督方式的整合,将对人员的监察延伸到对公权力行为的控制。这正是监督体系通过配合衔接形成监督合力的体系逻辑之彰显。

在改革前的监督体系中,检察机关的法律监督由于融合了人员监察与行为监督,且未厘清二者间的功能分野和逻辑联系,因此致使其运行陷入一定的偏颇:——在对行政机关执法监督中,偏重于人员监察而相对忽略对行政行为的合法性监督;在对审判机关的审判监督中,偏重于裁判行为监督而忽视审判人员监察。这与在理论上对检察机关法律监督的定性模糊有关。监察体制改革将检察机关反腐败职权转隶后,在客观上将法律监督从人员监察与行为监督相混同的困境中解脱出来,使法律监督专注于对行政机关和审判机关适用法律行为的合法性监督,从而实现了人员监察与行为监督的清晰分工。检察机关提起公益诉讼、针对违法行政行为提出检察建议等,均合乎逻辑地成为监察体制改革后强化检察机关法律监督的方向。在此基础上,在监察监督与

^① 参见魏昌东:《国家监察委员会改革方案之辩证:属性、职能与职责定位》,《法学》2017年第3期。

法律监督之间构建有效的联动机制,就可促进监督合力的发挥。不过,在复杂的反腐实践中,“人员腐败—职务违法或犯罪—行使权力行为不当”存在3种逻辑切断情形。这是腐败治理复杂性的体现,也对《监察法》的实施提出了更高的要求。

1. 有职务违法行为但不存在人员腐败

此类情形在基层并不鲜见。在基层治理实践中,较多采取结果导向的策略主义治理模式,只看重结果,不注重过程和程序,由此导致一些“打擦边球”甚至违反法律政策规定的职务违法行为。^①但在此类行为中,职务违法行为背后并不存在人员腐败。如果对此采取一般意义上的职务违法监察,那么可能会抑制基层工作人员的积极性,也会产生打击面过宽的问题。简单的形式法治化思路不符合基层治理的有效逻辑,更无助于基层治理的现实有效性提升。当前,对此类行为的治理应主要依靠内部程序控制的加强,如作出决策的程序记录和备案报告机制。在此基础上,基层监察应综合适用《监察法》第45条第1项、《监察法实施条例》第71条的谈话提醒规定,强化对决策人员的廉政教育和依法履职提醒,同时展开定期监察,保持持续的外部威慑。

2. 无职务违法但权力行为失当

此类情形在基层行政实践中同样较为常见。行使公权力的人员本身不存在职务违法情形,但由于业务素质不高、工作复杂等原因,导致实施行政瑕疵行为和行政错误行为。基层事务性工作烦琐,有限的人员和精力难以做到面面俱到,如何在顾及基层行政工作繁杂的同时加强监督,是基层监察的复杂性所在。在《监察法》实施的过程中,此类情形显然无法适用一般意义上的职务违法监察,而党风政风监督又不足以纠正。除通过行为监督来纠错之外,《监察法》实施还应特别注意督促职责的适用。这也是对应监督执纪“第一种形态”的制度化举措。《监察法》第45条第1项规定的谈话提醒、批评教育、责令检查或者予以诫勉,在实施过程中可适当扩展至无职务违法但履职不当的情形。同时,该条第5项规定的监察建议也是重要手段。此外,将此类情形纳入工作考核和工作责任制,也是处理此类情形的一种有效方式。

3. 人员本身腐败但未反映在职务行为中

在很多腐败案件中,腐败人员利用内部决策程序来规避风险,并不直接介入职权行使过程。这是腐败的隐蔽性所在,并在客观上增加了反腐工作的难度。如何从职务行为中发现隐藏的腐败线索,有赖于调查手段的综合运用。《监察法》赋予监察机关12种调查手段,每一种调查手段的运用均应符合特定条件、遵守特定程序。《监察法》以控权理念规范调查过程,但也面临腐败治理复杂实践的现实难题。即使腐败人员因其他问题被查处,这些没有反映在其职务行为中但确与其有关系的行为也很难被辨识出来。破解这一难题,一是要在《监察法》实施过程中不断总结调查经验,为制定更具针对性的“监察程序细则”积累经验;二是在《监察法》第42条的基础上,在程序上进一步明确调查方案的动态调整机制,以有效应对复杂的实践。

上述3种情形体现了人员监察的复杂性。基于腐败治理的逻辑,《监察法》大体构建了一种应对常规情形的框架程序。但面对复杂的实践情形,《监察法》在实施过程中有必要通过监察手

^① 在基层治理实践中,基层官员的职务违法行为表现在两个方面:一方面,基于“不出事”的考虑,对一些涉嫌违法的行为做选择性处理;另一方面,为回应上级考核压力,向一些超出法律法规规定的诉求妥协。参见贺雪峰、刘岳:《基层治理中的“不出事逻辑”》,《学术研究》2010年第6期;杨建国:《基层治理中的“不出事”逻辑:境遇、机理与治理》,《湖北社会科学》2018年第8期。

段和监察程序的综合运用和进一步探索,提升应对人员监察复杂情形的监察实效。

(二)探索人员监察与行为监督的衔接机制

由于人员与行为存在关联,因此人员腐败一般会指向权力的不当行使,而权力不当行使的背后往往存在人员的职务违法或犯罪情形。在职务违法或犯罪调查中,如果发现该人员经手的权力行为存在程序或结果的不当,那么监察机关应当适时将该行为移送至有权处理机关。与此类似,在行为监督过程中,如果发现违法权力行为背后的人员因贪腐而有职务违法犯罪行为,那么相关机关也应将其移送至监察机关。在监督体系中,行为监督首先由作为法律监督机关的检察机关承担,检察机关对行政机关和审判机关适用法律的行为进行合法性监督。如果所涉及的行为为社会影响较大且较为复杂,那么可以由人大常委会启动特别问题调查程序。这是监督体系职责分工的要求,也是宪法国家机构职权配置原理的体现。

《监察法》第34条初步建立了其他国家机关向监察机关移送问题线索的机制,但监察机关向其他机关移送的机制尚有待建立。^①该条和《监察法实施条例》第51条的主旨是规定监察机关和其他国家机关在办理既涉嫌职务违法犯罪又涉嫌一般犯罪案件的权限划分。在《监察法》实施的过程中,一方面,应将其第34条的概括性规定细化为具有可操作性的规则,明确移送条件、情形、程序、处理方式、责任等具体程序机制;另一方面,须探索建立监察机关向其他国家机关的案件移送机制。在移送的优先顺序上,监察机关具有优先性。由于监察机关调查工作具有较高的保密性要求,因此为了避免相关信息的不当扩散,可以考虑在调查完成后再移交给其他机关。如果在行为监督过程中发现职务违法犯罪的线索,那么应立即移交监察机关。这是因为,权力行为是职务违法犯罪和人员腐败的载体先进行职务违法犯罪的调查并不影响对权力行为的处理。

就《监察法》已规定的制度机制而言,监察建议可以作为联动机制进行实践探索。在理论上,监察建议可区分为针对被监察机关的廉政建设和履行职责问题的建议以及面向行为监督机关的启动监督建议。《监察法实施条例》第20条明确了监察建议从人员监察延伸到行为处置的旨趣:“监察机关应当以办案促进整改、以监督促进治理,在查清问题、依法处置的同时,剖析问题发生的原因,发现制度建设方面存在的问题,向有关机关、单位提出改进工作的意见或者监察建议,促进完善制度,提高治理效能。”由此,监察建议的功能可表述为,在恪守监察职权界限的前提下,通过制度化的方式将对“人”监察延伸至对“事”监督。

需要指出的是,公职人员腐败的表现是以公权力被滥用为自己或他人谋取不当利益,而其代价则是公共利益或利益相关者的合法利益受到损害。一个因人员腐败和违法履职所作出的违法决策或枉法裁判,必然直接损害利益相关者的合法权益。如果腐败治理仅限于人员处理,而忽视对其背后行为的纠错以及对利益损害后果的弥补,那么就难以赢得民众对反腐的充分认同和支持。只有通过行为监督衔接,将人员腐败处理延伸至对所涉及的权力行为的合法性监督,进而纠正违法行为,才能充分释放反腐的制度效益,使腐败治理嵌入国家治理体系。

当前实践中的一个难题是,因人员腐败(尤其是高级别官员腐败)往往牵涉的范围较广、时间跨度较大、岗位覆盖较多,故在实践中确实很难精准确定人员腐败与行为违法的直接因果关联。将腐败人员所经手的全部权力行为进行彻底翻查,既不现实,也不符合公权力行为的安定性要求。可行的制度安排是:一方面通过导入公民监督过程中的线索进行梳理,针对其中有直接因果

^① 参见江国华:《国家监察与刑事司法的衔接机制研究》,《当代法学》2019年第2期。

关系的行为启动监督、纠错或者国家赔偿程序;另一方面,在涉及面较广、影响较大的腐败案件中,必要时可成立特定问题调查委员会,对涉及的权力行为展开特定问题调查。特定问题调查制度具有较高的权威性,可满足此类案件处理的复杂性和秩序稳定性要求。

(三)实现监察监督与公民监督、人大监督的对接

在“党领导人民—人大—国家机构—公民”宪法体制的规范结构中,监察机关在“国家机构”环节设置,并通过与纪委监委合署办公实现主权权威的内在贯通。从监督体系的结构设计来看,“国家机构”环节的监察机关设置,串联起公民监督、人大监督与在“党领导人民”环节上的党的监督。在这一体系视角下,《监察法》承载着打通联接障碍、促进监督体系有效运转的重任。落实这一任务,须从如下3个方面着手。

1.线索受理程序化,畅通公民监督进入国家监督的渠道

长期以来,以举报为主要形式的纪检监察腐败线索发现机制,一直是纪检监察机关获取案源信息、依靠群众进行监督执纪的主要渠道。在设立监察委员会后,所构建的更为统一、强力的国家反腐败工作机构、制度化的权责界定以及程序化的办案流程,使得群众有序参与举报,进而实现对国家机关工作人员有效监督的常规化。《监察法》第35~39条对报案或举报进行了制度化规定,并将问题线索受理处理机制作为监察程序的第一步。在此基础上,健全举报受理、线索利用、调查核实、监督反馈、考核问责的完整流程处置链条,实现公民监督与专责监督的对接。

《监察法》线索受理处理机制的制度意义在于,将公民监督导入监察体制,以制度化、规范化、流程化的线索处理,引导公民监督的有序进行。将公民监督导入监察体制,极大推进了反腐制度效益的释放。反腐并非只“打老虎”。对于与公民个人利益切身相关的职权行为,无论大小都可通过监察举报进入常态化、制度化的处理程序。对于任何报案或举报,监察机关都应接受,并按规定进行分类处理,保证监察全覆盖。线索处理的常态化、制度化,开启了制度化反腐的法治模式。公民通过自下而上的广泛监督与权威的国家监督形成双向互动。

不过,稳定的双向沟通及其制度化机制构建,仍然是《监察法》实施中亟须探索的问题。当前的线索受理和处理机制尚未充分制度化,在监察程序中内部机构职责划分及其相互制约还有待明确,线索分类处理的实体标准也尚未在制度上加以细化。此外,监察机关的线索处理结果并未在制度上明确是否必须或在何种条件下向公民进行反馈,相应的监督也未深入到监察程序的具体环节。在《监察法》实施的过程中,应当在监察程序中明确线索处理和分类办理的独立环节、条件标准和机构职责,建立汇总和定期检查抽查机制,确立及时向社会通报和反馈举报人的制度安排,并接受上级和社会的监督。

2.信访联接监察,矫正无序公民监督

在宪法体制层面,公民监督导入监察体制,实则是在“国家机构(监察监督)—公民”环节畅通公民监督进入宪法体制的渠道,将一些溢出体制的无序信访重新拉回常规救济轨道。

依据《宪法》第41条的规定,公民监督包括以权利救济为诉求的申诉、控告、检举和以权力监督为目的的批评建议。前者在制度上依托“国家机构”环节设置的常规救济机制进行诉求表达,后者可与公众监督对接,依托公众舆论促使国家机构予以回应。由于常规救济机制的救济不足,因此权利救济往往倾向于寻求常规救济机制之外的政治权威的支持,从而以溢出体制的方式寻求救济。

分段信访是公民监督的重要方式。笔者曾主张基于信访与宪法监督的契合性,将信访纳入

宪法监督,由此既可保持主权权威对常规救济机制的压力输送,又可通过制度化方式规范群众政治参与可能出现的无序。^①在监察体制改革后,这一主张可作适度修正。可尝试将信访等公民监督方式导入监察监督,由此可在常规救济机制层面导入公民监督诉求。在“国家机构”环节,监察机关的设置,实现了人员监察与行为监督的分工联动,也畅通了公民监督与常规救济机制的制度化联接。如此,可大大拓展常规救济机制的救济空间,也能强化常规救济机制借助监督体系合力的救济实效。并且,监察机关与纪委监委合署办公,保证了监察监督拥有足够的权威回应公民诉求。在常规救济机制内回应诉求,避免对宪法监督的过度依赖,是一个法治国家的理性选择。^②

信访诉求导入监察监督后,对人员监察与权利救济的区分,应当在监督体系的系统视角下完成。在监督体系的结构安排上,可根据人员监察和行为监督的衔接机制实现反腐与权利救济的双重目标。监察机关的线索处置机构接受信访诉求后的初次分类具有程序意义,据此构建分流转办程序,决定是行为监督先行启动还是人员监察先行处理。这就要求监察机关线索处置机构与外部保持密切的沟通。在技术层面,可积极探索建设覆盖纪检监察系统的检举举报平台。纪检监察检举举报平台的建设,为民众有序参与监察举报提供更为方便的渠道,同时以技术支撑《监察法》规定的报案或举报机制,对接问题线索处置,促进监察程序业务流程规范推进,实现监督执纪信息准确可靠、监督制约精准高效运行。^③此外,对于转办的信访事项处理,除基于人员监察的联动外,必要时可探索类似轨迹跟踪、警示提醒、发函督办、情况通报等信访处理职责督促机制,以监察机关的权威提升行为监督的实效。

还应注意,常态化的线索受理和处理工作将大大增加监察机关的工作量。可以尝试将信访部门与监察机关线索处置机构联合办公,在机构层面实现“监督—救济”的体系沟通,同时促进信访在监督体系中向公民监督机制和民情传递机制的功能转型。

3.对接人大,形成“公民—舆论—人大—监察机关”的贯通结构

经由监察机关的线索受理和处理程序,公民监督得以导入“国家机构—公民”层面的公民权利常规救济机制。在此基础上,以监察监督为枢纽,着力推动人员监察和行为监督的衔接。在此过程中,监察机关借由与纪委监委合署办公所获得的权威,可以转化为推动联动体系运转的动力。

在人员监察上,监察全覆盖拥有足够的权威支持,但也应在人大的监督下保持审慎。在启动人员监察环节,除了被动的线索受理之外,经由公民批评建议所汇聚的公众舆论也是监察线索的重要来源。对公众舆论的积极回应是国家机构的政治伦理,监察机关也不例外。在实践中,从公众舆论中获取线索进行调查,也是监察机关着力反腐的一个重要途径。然而,《监察法》第35条规定的线索受理机制,没有明确规定监察机关主动回应公众舆论线索的法定义务。如此一来,在办案压力较大、工作任务较重的情况下,就很难期待监察机关主动处理那些没有产生重大舆情的公众舆论线索。此时,对于本区域社会反映较大的社会舆论,地方各级人大常委会或人大代表应当依职权将其反映给监察机关。依据《监督法》第9条的规定,人大常委会可要求国家机构针对“社会普遍关注的其他问题”等进行专项工作报告,由此推动监察机关将公众舆论涉及的人员腐

^① 参见秦小建:《信访纳入宪法监督的证成与路径》,《法商研究》2016年第3期。

^② 参见秦前红:《1982年宪法实施以来合宪性审查研究的回顾与展望》,《荆楚法学》2021年第1期。

^③ 参见杨晓超:《适应深化国家监察体制改革要求 推动新时代纪检监察信访举报工作高质量发展》,《中国纪检监察》2018年第10期。

败线索纳入线索处理机制。这也是对舆论监督的制度化支持,可将缺乏直接强制力的舆论监督导入有效的制度化问责,促成民意与制度在反腐上的融合。由此促成“公民批评建议—舆论监督—人大监督—监察监督”的结构联系,作为公民监督、人大监督和监察监督等监督机制在监督体系中的贯通结构,对散见于不同法律中的制度进行体系化整合。

同时,在人员处置上,作为监察监督的处置规范,《中华人民共和国政务处分法》可有效弥补人大监督的短板。但由于与由人大选举任命人员处置的机制重叠,因此政务处分应当考虑如何形成监察机关处置权与人大罢免撤职权的协调。这主要体现在“先人大处理、后监察机关处理”“监察机关调查、人大审议”“监察机关向人大就其拟处分人员专项报告”等方面。^①

五、结 语

在监察体制框架基本建立之后,如何通过《监察法》实施过程中的体制机制创新,消除监督体系中各种监督机制之间的配合协调障碍,促进监督体系的贯通,是深化和推进监察体制改革的新目标。要完成这一目标,须形成面向具体问题的实践探索和作为顶层设计的监督体系的反思性互动。微观层面的实践探索,应立足于监督体系的构成逻辑,防止因对具体问题“点”的过度聚焦而偏离整体层面的改革目标和职权架构;宏观层面监督体系的结构设计,应不断从实践议题的方案探索中补足总体设计思路在职权运行过程中的不足,并通过实践磨合实现各机制的功能互补。

Abstract: After the accomplishment of supervision system framework, the goal of deepening the reform of supervision system becomes promoting its concordancy with supervisory system. Supervision system reformation is a structural adjustment to the supervisory system, however, due to the relative centralization of supervision, it also brings new challenges to the concordancy of supervisory system. In response to the challenges, it is the first time to clarify the functional orientation of supervision so as to avoid the supervision committee's isolated movement and overstepping other supervisory mechanisms' authorities. In the logic of corruption control of "corruption of personnel—illegal actions of post or crime—misconduct of public power", the supervision committee plays a special role in personnel supervision. As for the extension of effective personnel supervision to the normative control of public power behavior, it depends on the cohesion and cooperation of various supervision mechanisms in the supervisory system. On this basis, the exploration of the linkage between personnel supervision and behavior supervision, forming the connection among supervision committee, citizen supervision and NPC supervision.

Key Words: supervision system reform, implementation of the supervision law, supervision system, curb corruption

责任编辑 谭冰霖

^① 参见陈辉、汪进元:《监察委员会处置权与人大监督权的内在张力及协调》,《广西社会科学》2019年第6期。