责编：兰文飞　E-mail:lanwenfei@126.com　Tel:010—62806237　　2014年10月13日

依法治国

国家治理现代化首先是国家治理法治化

□莫纪宏

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》（下称《决定》）明确提出“国家治理体系和治理能力现代化”，这是基于对古今中外左右朝代兴亡更替的“治乱”规律以及新中国成立65年以来社会主义建设经验和教训的总结，从理论高度提出的带有全局性、根本性的发展战略。国家治理属于管理科学的范畴，其现代化的重要内涵应当是法治化。在指导思想上明确主张“国家治理现代化首先是国家治理法治化”，既符合国家治理现代化的规律性要求，同时也可以进一步充实法治中国建设的基础理论。

从理论上来看，现代化是一个发展中的概念，而且是在全球化的进程中一个表达人类社会文明状况的比较概念，既有一定的目标和参照系，又带有很强的主观性，其内涵与使用目的密切相关。

作为国家治理的核心要素，国家治理体系和治理能力的“现代化”的内涵可以从不同角度来加以认识。例如，国家治理体系的民主化程度和科学化水准可以视为国家治理体系是否具有“现代化”水平的重要判断标准；执政党总揽全局、灵活自如地应对各种复杂局势、有效地维护社会稳定与和谐、妥善地处理党政关系等等都可以归纳到治理能力“现代化”的范畴。但从保证国家软实力“现代化”具有可持续性的长远发展战略角度来看，“法治化”才是判定国家治理体系和治理能力“现代化”最有效的评价标准。

《决定》虽然没有正面阐述国家治理体系和治理能力“现代化”与“法治化”之间的相互关系，但是，《决定》却从体系化、系统化的观念来认识法治中国的意义。《决定》声明：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。“治国”“执政”和“行政”都属于党领导人民进行“国家治理”的范畴，而坚持“依法治国、依法执政、依法行政共同推进”就意味着要依法构建“国家治理体系”；“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”表明在“国家各项工作法治化”的过程中，还要关注“国家”“政府”及“社会”相互之间的作用和影响。

> “法治化”与“现代化”是相互依存、相互促进的关系。从建设“国家治理体系和治理能力”的角度来看，“法治的现代化”与“现代化的法治”的任务都具有同等重要的意义，“法治化”与“现代化”必须齐抓共促、齐头并进，才能推进社会主义现代化建设各项事业健康有序地向前发展。



由此可合理推论，《决定》提出的“推进国家治理体系和治理能力现代化”的一项最重要的内涵就是“国家治理体系和治理能力”的“法治化”，离开了“法治化”的评价尺度和标准，空洞地谈论“国家治理体系和治理能力现代化”是没有实质意义的，甚至是有害和会起相反作用的。所以，准确和全面地理解《决定》所提出的“推进国家治理体系和治理能力现代化”的内涵，必须在法治的框架下对“国家治理体系和治理能力现代化”与“国家治理体系和治理能力法治化”相互之间的关系进行深入细致的探讨，全面构建“国家治理体系和治理能力现代化”理论体系。

强调“国家治理现代化”首先是“国家治理法治化”这一命题，完全符合改革开放30多年来我国治国理政的基本方略不断完善和发展的客观要求。党的十八大报告明确指出，到2020年确保实现全面建成小康社会，并且对小康社会提出了诸多新要求。其中一项重要要求就是：加快推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化，从各层次各领域扩大公民有序政治参与，实现国家各项工作法治化。上述论断涉及两个重要概念：一是“国家各项工作”的范围；二是“法治化”的判断标准。《决定》把“推进国家治理体系和治理能力现代化”上升到“全面深化改革的总目标”的高度来认识，很显然，党的十八大报告提出的“国家各项工作法治化”与“国家治理体系和治理能力现代化”之间存在着逻辑上的递进关系和政策上的连续性，也就是说，“国家各项工作”必然涵盖了国家治理的主要方面，即“国家治理体系和治理能力”，而“国家各项工作法治化”的要求也必然体现为“国家治理体系和治理能力法治化”。

从逻辑上看，“国家治理体系和治理能力法治化”是“国家治理体系和治理能力现代化”的重要评判指标，同时也是“国家治理体系和治理能力现代化”实现的必要条件。没有“国家治理体系和治理能力”的“法治化”，就没有“国家治理体系和治理能力”的“现代化”，“国家治理体系和治理能力现代化”首先必须达到“国家治理体系和治理能力法治化”。“法治化”与“现代化”是相互依存、相互促进的关系。从建设“国家治理体系和治理能力”的角度来看，“法治的现代化”与“现代化的法治”的任务都具有同等重要的意义，“法治化”与“现代化”必须齐抓共促、齐头并进，才能推进社会主义现代化建设各项事业健康有序地向前发展。

从“法治化”的角度来认识“国家治理现代化”具有非常重要的意义：首先，“法治化”是具有普遍意义的治国理政的价值理念，是人类社会自身组织行为的经验总结，治国理政的“法治化”不以人的主观意志为转移。其次，管理活动的“法治化”是现代管理科学的基本原理，国家治理是对国家事务和社会事务的管理活动，服从管理科学的一般规律性要求，因此，国家治理法治化是国家治理现代化的前提条件，是国家治理科学性的体现。最后，将“法治化”定义为“国家治理现代化”的首要内涵有助于科学有序地寻找国家治理现代化正确的发展道路，“法治化”有利于最大限度地凝聚共识，增强国家治理的合力，提升国家治理能力，实现国家治理现代化的各项目标。

司法改革

探索公民参与司法的合理途径

□高长见

加强公民参与司法的范围和程度对推进司法职业化和司法民主化建设具有重要意义，在更宏观的意义上，它对深化司法体制改革和社会主义民主政治建设也都具有重大意义。我国司法在恢复重建后具有强行政化的特点，目前正在走向司法职业化的道路。借鉴国际上的司法经验，从加强司法权威和司法公信力的角度出发，在加强司法职业化建设的同时，也需加强司法民主化的建设。公民参与司法的意义重大，它有利于打破司法权力运行中的官僚化、行政化的桎梏，也有利于有效监督司法权力运行等。公民参与司法也是化解司法中存在的诸多矛盾的治本之策：参与有利于促进司法公正，也有利于提高司法权威，更有利于增强司法公信。需要强调指出的是，拓展公民参与不是对司法职业化和司法专业化的否定，它并不会冲击司法机关依法独立行使职权原则，也不会损害司法权力运行的独立性，反而有利于促进审判权和检察权的规范运行。通过参与的监督是最有效的监督形式之一，有利于从根本上遏制司法腐败。

公民参与司法分狭义和广义两个层次：狭义的参与指公民参与审判活动，主要表现形式为陪审制度，有英美法系的陪审团制度和大陆法系的参审制之分；广义的公民参与除陪审制度外，还包括侦查阶段、起诉环节和刑罚执行中的公民参与。按照英美式的陪审团制度，在民事诉讼或刑事诉讼过程中，由当事人选择陪审团，由陪审团负责对案件事实的判定，由法官适用法律作出最终裁判。大陆法国家的参审制是指作为法律外行人的参审员与职业法官一起组成合议庭，共同就法律问题和事实问题行使审判权的制度。在参审制中，职业法官与参审员在职能上并无明确划分，他们共同组成同一的审判庭，相互之间不加分工地共同行使审判权。由于两种不同参与制度的机理存在较大差异，在世界的发展趋势也不相同。目前，与有些学者所称的相反，英美法系的陪审团制度不但没有衰退，在西方国家焕发出新的生机，而且在国际上的影响力不断扩大。例如，俄罗斯最近的司法改革运动恢复了英美式的陪审团制度；韩国、日本在进入21世纪以后确立了形式略有差异的陪审团制度，特别是韩国，在2013年明确了陪审团单独定罪的职能，确立了英美法系的陪审团制度；我国台湾地区目前也在探索建立陪审团制度等。

公民参与司法是现代司法的潮流，也是新中国司法的优良传统。这是因为公民参与司法与党的群众路线有一定契合之处，在某种意义上，公民参与也是贯彻落实党的群众路线的有效举措。目前，我国主要的公民参与形式是人民陪审员制度和人民监督员制度，而以人民陪审员制度为主。尽管名称中有“陪审”，人民陪审员制度实际上属于大陆法系的参审制，人民陪审员在事实认定和法律适用两个方面都行使与职业法官同样的职权。

与陪审团制度相比，参审制有其特点，但是在运行中也容易出现严重偏差，失去公民参与司法的本来意义。以我国的人民陪审员制度为例，它在加强公民参与和监督司法方面有一定效果，但问题也很突出，即“陪而不审”的现象较为普遍。司法实践中，陪审员只“陪”不“审”“一人审、二人陪、三人同签名”，人民陪审员主动发问少之又少，整个庭审活动完全由审判员一人主持进行，形同陪衬。“陪而不审”就难以发挥促进司法民主和提高司法公信力的积极作用，而出现该问题的根本原因是人民陪审员和专业法官在审判经验、法律知识等方面存在巨大差距，容易受法官意见左右。如果要求人民陪审员在法律适用方面也和法官发挥同样的作用，由于法律适用的专业性，显然勉为其难。法律适用需要运用复杂的法律解释规则和方法来对于具体的案件事实，要求对法律规范体系有全面地把握，对法律用语解释有经验，普通民众组成的人民陪审员显然不具备这样的能力，极易受到法官意见的影响，维护司法公正和提高司法公信力的实际效果有限。为了使公民参与司法更具实效，需要通过制度创新区分司法审判中的事实认定和法律适用活动。事实认定更多的依靠的是常识、常理和常情，具有正常理性的人民陪审员完全可以胜任。为了实现该目标，我国是否应当吸收陪审团制度的积极因素，成为实务界和理论界争论的话题。

2009年2月，河南省高级人民法院进行了建立人民陪审团的改革试点。其刑一庭在公开开庭审理一起社会广泛关注的死刑二审案件中，率先邀请人民群众代表组成人民陪审团参与审判，对案件裁判发表意见，供合议庭参考，此举有英美法系陪审团制度的部分要素，引起了国内各界的强烈反响。据有关部门统计，其改革效果较好。经过一年的试点探索，河南省已组建了15万人的人民陪审团成员库，已有122个法院使用人民陪审团参与审理各类复杂、疑难案件，共公开开庭审理361案，其中95%的案件实现了服判息诉，案结事了。

关于河南人民陪审团的改革举措，有学者持反对意见，批评其为非驴非马的改革，更多的学者认为该试点效果非常积极，有必要从理论上关注、审视该项制度的发展动态并提出若干改进建议。扩大到建立我国陪审团制度问题上，尽管也有学者反对借鉴英美法系的陪审团制度，认为“陪审制度是具体的历史条件、诉讼文化下的产物，陪审团的移植不适合我国国情”等，更多的学者则对借鉴吸收陪审团制度持积极态度，主张通过试行陪审团制度增强司法民主和提高司法公信力。

十八届三中全会《决定》明确要求拓宽人民群众有序参与司法渠道，以维护司法公正、提高司法公信力。为了更好地贯彻《决定》的改革部署，我国有必要积极探索、借鉴吸收陪审团制度的合理成分，在重大刑事案件的审理中建立某种形式的公民陪审团，以扩大公民参与的程度和范围。与此同时，也应当明确公民参与司法的范围和限度。公民参与司法与公民参与公共决策不同，司法决定的首要目标是公正，而不是反映多数人的意见，公正是司法价值的首要追求，司法民主是为司法公正及司法公信力服务的。

因此，公民参与司法不能影响司法权力规范运行和司法公正，不能舍本逐末，为了片面追求扩大司法中的公民参与而忽视司法职业化对司法公正的根本保障作用。司法中的法律适用和法律解释问题，都需要长期的专业经验积累和训练，并不适合由普通公民来承担。同时，在刑事审判前阶段，为了侦查的需要，也不适合大范围的公民参与。唯有在拓展公民参与司法渠道的同时，确定公民参与司法的合理限度，才能在增强司法公信、加强司法监督的同时维护司法公正。质言之，我国公民参与司法的重点应当是刑事诉讼的审判阶段，审判前阶段的有限参与以搜查、扣押中的见证人形式为主，刑罚执行阶段的参与可适当扩大，以人民监督员制度为载体监督减刑、假释的合法性并建立羁押场所的人民监督员巡视制度。

参考与建议

从渎职罪角度看不作为

□杨书文　李占州

干部不作为在一些地方严重存在，已经成为阻碍改革发展的严重问题，必须高度重视并切实加以解决。

不作为的表现与原因

干部不作为问题由来已久，形式多样。有的事不关己高高挂起，应当制定的政策不制定，应当落实的工作不落实，有的遇到顺风顺水、有名有利的事就干，遇到矛盾多、阻力大、得罪人的事则刻意回避、推诿扯皮。当前，一些地方非法违法开采和盗采国家土地、矿产资源事件案件，违法排放和污染环境、乱砍乱伐破坏生态事件案件，非法违法建设事件案件，制假售假事件案件，黑恶势力欺行霸市、打人伤人事件案件之所以得不到查处，重要的原因在于那里的干部不敢作为、不愿作为，法律制度在那里被打折扣。一些地方干部不作为的问题已经到了十分严重的程度。

干部特别是担任各级行政管理职责、行政执法职责、司法职责的领导干部不作为，不仅坐失改革发展稳定良机，使党和国家的事业遭受严重损失，导致人民群众对政府和法律的不信任，而且会助长黑恶势力等违法犯罪坐大成势，好人难以做好事，坏人得不到及时有效惩罚，严重败坏社会风气，破坏公平正义。干部不作为问题凸显，原因是多方面的，但主要有以下几个。

一些干部特别是一些领导干部习惯于在集体领导、集体担责、暴风雨式推进和经济社会快速发展的形势下开展工作，对在全面深化改革、转变经济社会发展方式、调整经济结构、提高发展质量和效率、保护生态环境，特别是在更加注重保障人权、改善民生，并推进法治政府、责任政府和服务政府建设，强化政务公开和群众监督、公众参与的新形势新要求下开展工作缺乏经验和理性思考，需要一个调整期。

一些领导干部对为什么当官、为谁当官等基本问题指导思想不明确，对有权必有责，用权受监督，违法必问责的现代执政理念理解不深。表现在工作上就是怕得罪人、怕丢选票、怕伤和气，宁可不工作、宁可牺牲公平与效率也不触及矛盾，更遑论冲破既得利益藩篱和体制机制障碍了。

个别领导干部特别是一些“三门干部”（家门、校门、机关门）缺乏群众工作经验，处理复杂问题的能力不强，遇事不会处理、不敢处理、不愿处理，难以适应工作需要。

少数地方官场生态环境不好，“圈子”文化盛行，既得利益势力猖獗，“劣币驱逐良币”的逆淘汰现象严重，导致一些干部不想干事、不愿干事、不能干事。

一些领域和行业法律制度不健全、市场规则不明确，技术标准、操作规程不具体，导致安全生产事故、环境保护事故、征地拆迁等领域群体事件发生，特别是在主要领导片面追求发展速度和创收数额的迫使下，一些人误打误撞触犯渎职犯罪，导致后来者、旁观者不敢做事，并由此产生放大效应。

一些领导干部自身不正，在阳光政务和群众监督面前胆怯、腿软，生怕干工作得罪人引发群众旧事重提、旧病重犯，引火烧身或者拔出萝卜带出泥，因而找各种借口不愿意干工作、不敢冲破既得利益的羁绊。凡此种种，都是与干部作为人民公仆所承担的责任与使命不相一致，因而也是必须坚决予以纠正和认真解决的。

不作为是渎职类型的腐败

权力因公共需要而生，为公共需要服务。权力的天然属性要求权力承担者——各级干部特别是领导干部，既要有胜任这个工作的能力，又要有敢于担当善于担当的意识和勇气。舍此，权力将失去存在的正当性与合法性，就是异化、就是腐败。

世界上许多国家都将职务不作为规定为犯罪。我国《刑法》第397条规定的滥用职权罪、玩忽职守罪，第399条规定的徇私枉法罪、执行判决裁定玩忽职守罪、第400条规定的失职致使在押人员脱逃罪、第402条规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪、第404条规定的徇私舞弊不征少征税款罪，等等，都包含有对国家机关工作人员不作为，造成公共财产、国家和人民利益重大损失的惩罚性规定。

法律之所以将职务上应当作为而不作为的行为规定为犯罪并进行惩罚，是因为国家治理是一项系统工程，系统各要素联动和有效运转是系统整体目标实现的保证。在这个系统中，每一名国家机关工作人员都是一个要素，都承担有相应的职责，实现系统目标是所有国家机关工作人员的共同任务。只有每一名国家机关工作人员都尽职尽责地完成自己的任务，才能确保国家治理目标的实现。实践反复证明，哪里干部不作为，哪里存在有法不依、执法不严问题，那里黑恶势力有组织犯罪盛行、社会治安混乱、制假售假泛滥、群体事件增多。

当今中国，已然步入全面深化改革的关键时期，我们既面临发展机遇，也面对挑战，改革发展稳定的形势更加复杂。全面深化改革，实现中华民族伟大复兴的中国梦，迫切要求担负国家治理职责的每一名国家机关工作人员都能够牢记自己的使命，勤勉敬业，恪尽职守，决不能、也不允许因怕得罪人、怕丢官帽子、怕出现失误失败而束手束脚、无所作为，更不允许徇私情私利、害怕群众监督、掩盖过去的违法违纪甚至犯罪问题而拖延改革发展、畏惧改革发展、阻碍改革发展。对因不作为给公共财产、国家和人民利益造成重大损失的渎职行为，必须依法予以惩治。那种把干部不作为归结为反腐败和执行“八项规定”的认识是极其错误的。事实上，只有深入反腐败、严明纪律作风，才能为那些想干事、能干事的干部提供风清气正的环境，才更有利于干部作为。

不作为也可构成渎职罪

渎职有两种类型：一种是滥作为型渎职，通常表现为国家机关工作人员超越职权，违法决定，处理其无权决定、处理的事项，或者违反规定处理公务；另一种是不作为型渎职，通常表现为负有某种作为义务的国家机关工作人员、不履行或者不按照要求履行法律法规要求履行的行为，导致某种不应当出现的危害后果出现，或者使应当避免的危害后果没有避免，给公共财产、国家和人民利益造成重大损失的行为。

不作为构成渎职罪的基本要件，一是行为人不履行法律法规、规章制度和岗位责任规定的作为义务，如负有某种作为义务的国家机关工作人员不依法履行解救被拐卖、绑架的妇女、儿童职责，不履行和不认真履行环境监管、安全生产监管、食品安全监管职责等。二是行为人对危害后果的发生具有主观过错，包括故意或者过失。如行为人明知法律规定发生安全生产事故的应当立即向上级主管部门报告，故意瞒报不报；又如行为人明知决策失误、监管不力造成项目资金被骗，轻信通过私人感化可以使犯罪分子退回资金，不愿报案、不敢报案，导致损失越来越大。三是由于不作为给公共财产、国家和人民利益造成了重大损失，或者造成恶劣的社会影响等。四是不作为与危害后果的发生之间具有因果联系。五是不作为者具有国家机关工作人员身份。

由此我们可以看出，用消极不作为的态度规避可能发生的失误和责任追究与枉顾法律制度滥用职权的渎职犯罪同样为法律所不能容许，造成严重危害后果的，同样要依法追究刑事责任。