

論建設公共治理型執法機制

黃清華*

一、引言

當代中國一個明顯的特徵是信息社會、網絡社會和風險社會。面對價值多元的社會和不斷變化的經濟、社會和文化條件，中國共產黨主張全面推進依法治國，實現國家治理體系和治理能力現代化，其核心是良法善治，要求政府對國家和社會的管理由傳統統治型管理向現代治理型管理轉變，以此加強社會建設和“法治中國”建設。但是，對善治的理解和認識，仍然需要深化。從制度環境上來講，實現善治需要有正式的和非正式的制度之間的合作來保障，要求執法者不僅依法辦案(事)，而且依良知辦案(事)。因此，探討法治實施中如何“致良知”，以此實現善治，無疑具有重要意義。

中國法治實施中，為了促進由統治向治理、由治理向善治的根本轉變，一方面，需要加強法治實施的倫理建設，明確執法者有忠於良知的義務；另一方面，需要改革統治型行政執法，探索建設公共治理型執法機制，從機制上確保以良知執法從而實現善治。

二、善治要求以良知執法

(一) 良知：非正式的規則體系

詹姆士·N·羅西瑙在《沒有政府的治理》一書中指出：“不同於統治只依賴於正式的規則體系，治理不僅依賴於正式的規則體系，也依賴於非正式的規則體系，而且更依賴於正式和非正式混合的規則體

系。”¹

制度，可以理解為人類交往的規則和規則體系，它分為正式的制度和非正式的制度。在法治實施的過程中，實現善治所需要的正式的和非正式的制度安排，包括以法律為代表的正式的制度和以良知為代表的非正式的制度。正式的制度是通過人的理性、按一定程序設計出來的，與國家強制力相聯繫。非正式的制度，則是從人的經驗和一定的社會環境中演變而來的，反映的是以良知(consience)為代表的人倫之理，表達的是特定社會環境下人與人之間關係最本質的東西和最基本的要求，體現為道德、倫理和輿論的力量。

何謂良知？良知是一種人性感應。儒學集大成者孟子所言“惻隱之心，仁之端也；羞惡之心，義之端也；辭讓之心，禮之端也；是非之心，智之端也”²，講的就是良知，主要包括“知恥”、“知愧”和“知恩”三個方面。這是良知的通常含義。

1. 知恥

人和動物的根本區別在於此。明是非，有羞恥心，人就知道甚麼該做，甚麼不該做，這樣才能“行之皆宜”。相反，人若無恥，是非不明，就會肆無忌憚，為所欲為，難以救藥。此所謂“人無廉恥，無法可治”。

2. 知愧

知道慚愧，知道內疚。知愧的前提是知道自己的弱點、缺點和錯誤。西方古代格言：“做壞事的人最受做壞事的苦”，即含此意。知愧而懺悔，知愧而努力，良心的安妥比任何物質利益都值得珍視。

* 中國綜合開發研究院(中國腦庫)特聘研究員

3. 知恩

常懷感恩之心，是人生的一種姿態，人性的一種證明，一種社會行為的反省和成熟。人生在世，誰能夠離開社會而生存，誰沒有受過別人的恩惠？“人敬我一尺，我還人一丈”。一個人，一個族群，倘若沒有感恩之心，要麼是自大狂，要麼是愚陋不堪。

除了以上一般人擁有的道德情感，法治實施中的良知，主要是指執法者應當尊重人的生命、健康、基本自由等自然權利和憲法規定的公民各項基本權利，這樣一些屬於法治實施倫理基本範疇的東西，是執法者應有的基本法治情感，是一般人的道德情感在法治實施中的拓展。

(二) “致良知”與以良知執法

良知“人皆有之”，“不假外求”，“非由外鑠”，是一種道德自覺。同理，法治實施中的良知，應當成為執法者的道德自覺。心學集大成者王陽明認為，“良知自知，原是容易的。只是不能致那良知，便是‘知之匪艱，行之惟艱’”。³ 為了實踐這種道德自覺，王陽明提出“致良知”，即良知外化，就是將良知推廣擴充到事事物物，做到知行合一。“致良知”是王陽明心學的本體論與修養論相統一的結果。⁴

由此可知，以良知執法就是在執法中“致良知”的過程。執法中要做到“致良知”，於執法者個人而言，關鍵在於對於法治的本質有很好的理解，情感上對踐行法治心誠志堅，在執法活動中不僅能夠狠鬥私心一閃念，並且能夠把心中良知與法律制度結合起來適用，以一般人所擁有的道德情感和執法者的職業倫理，這樣的雙重標準尊重執法對象的權利，尤其是生命、健康、基本自由等自然權利和憲法規定的公民各項基本權利。

以良知為代表的人倫之理，在法治實施的過程中，依具體的場景，往往表現為不同的職業倫理，例如，執法倫理和司法倫理，要求法治實施者不僅依法辦案(事)，而且依良知辦案(事)，盡可能使法治實施的法律效果與社會效果相統一，實現法治實施的社會妥當性。這是實現善治的前提。因此，外國存在不少依良知辦案(事)的法律諺語。例如，拉丁語世界“良

知能抵一千個證人”，英語世界的“以你們最大的良知做出決定”(To come to a decision according to your best conscience)，都是這方面的明證。當法律與良知存在衝突時，法國著名的人道主義作家羅曼·羅蘭認為：良知是“最佳的決疑者”。⁵ 這些法律諺語可以證明，國外同樣重視如何在法治實施的過程中“致良知”。

以上說明，以良知執法是實現善治的必要條件。依良知辦案(事)是執法倫理和司法倫理的共同特徵。本文通過討論執法倫理，即以良知執法，來說明法治實施中“致良知”與善治的關係問題。

(三) 怎樣理解“致良知”在法治實施中的重要性

儘管遵從良知應當是執法者的基本職業倫理，“致良知”在法治實施中的重要性程度，以及發揮作用的方式，卻隨着國家管理模式的變化而有所不同。

在傳統的“統治”這樣一種“中心—邊緣”結構的國家管理模式中，執法者居於統治的中心，對“邊緣”人群發號施令；相應地，其他的行動主體都是依賴於執法者的，沒有自主性，也沒有自治的權利。這種以“權威—依附—遵從”為特徵的權力運作機制，執法者通常只要“嚴格”執行正式的制度安排，就可以處理不太複雜的社會公共事務，並維持這樣一種短期來看可能最符合統治集團利益的治理結構。⁶ 因此，在“統治”模式下，法治實施中的“致良知”，或者更具體一點，以良知執法，它的重要性和自覺性容易被忽略。這導致法治實施中的“致良知”主要是自發地發揮作用，取決於行政執法人員、法官等執法者的個人品質和素質；依良知辦案(事)，應當作為執法者最基本的職業倫理，不易得到應有的重視，相關的法律，例如中國大陸《行政處罰法》、《法官法》，沒有將依良知辦案(事)明列為行政執法人員、法官的法定義務。

隨着信息社會、網絡社會和風險社會的來臨，價值觀和利益變得日益多元，公共事務隨之變得越來越複雜，除政府以外的其他的行動主體參與國家和社會管理的願望越來越強烈，社會各階層對於善治的呼聲越來越高，要求國家和社會管理盡可能地實現所有利

益相關人參與、協商一致導向、問責、透明、反應迅速、有效和高效，具有公平性和包容性，符合法治和人權要求。⁷ 於此情形，“統治”型的國家管理模式，越來越不適應當代政治、經濟、社會和科技發展的需要，讓位於“治理”型的國家管理模式，成為必然趨勢。

根據治理對象的性質、治理的任務和目標，“治理”分為管理型和服務型治理，可表現為“契約—控制—服從”、“競爭—管理—協作”或“信任(理解)—服務—合作”等具體的社會關係。⁸ 在法治實施的過程中，這意味着，執法不僅需要法律等正式的制度安排，也較之以往更多地涉及到諸如“致良知”一類的執法倫理問題。例如，應否和如何提供某種公共服務品、怎樣看待執法行為合法不合理問題、法治實施中正式的制度與非正式的制度發生價值衝突怎麼辦，這些涉及到法治實施中的“致良知”問題影響到善治怎麼辦，等等，這樣一些在“統治”模式下很可能無須過多關注的問題。

實踐反覆證明，法治實施僅僅依靠法律等正式的制度安排，在公共管理和公共服務日益複雜、繁重的現代社會，早已經無法處理所有的公共事務了。究其原因，以法律為代表的正式的制度，既無法消除“機會主義”⁹，又可能與“致良知”等倫理問題相衝突。這時就要求助於非正式制度，運用道德、倫理和輿論的力量，去應對那些僅靠正式的制度安排無法處理或處理不好的問題，從而實現善治目標。因此，善治當然地包含良法思維，服從於“致良知”。實現善治不僅需要經濟、技術和文化上一定的基礎性社會條件，還需要法治實施機制上的保障。

以上進一步說明，法治實施所追求的善治目標，必須有“致良知”等執法倫理因素的指引和機制上的考量，確保執法者不僅依法辦案(事)，而且依良知辦案(事)。

三、要求以良知執法的經典判例

(一) 執法者忠於良知的義務

在國際上，執法者有忠於良知的義務源於經典案

例——“一厘米的自主權”判例：1992年2月，柏林牆倒塌。兩年後，守牆衛兵因格·亨里奇受到審判。在柏林牆倒塌前，他射殺了前東德企圖翻牆去往前西德的青年克里斯·格夫洛伊。亨里奇的律師辯護稱，這些衛兵僅為執行上級命令，別無選擇，罪不在己。然而，法官西奧多·賽德爾卻認為：“作為警察，不執行上級命令是有罪的，但打不準是無罪的。作為一個心智健全的人，此時此刻，你有把槍口抬高一厘米的自主權，這是你應主動承擔的良心義務。這個世界，在法律之外還有‘良知’。當法律和良知衝突之時，良知是最高的行為準則，而不是法律。尊重生命，是一個放之四海而皆準的原則。”最終，衛兵亨里奇因蓄意射殺格夫洛伊被判三年半徒刑，而且不予假釋。¹⁰

在本案中，法官西奧多·賽德爾認定因格·亨里奇有把槍口抬高一厘米的忠於“良知”的義務。對於邊境執法人員亨里奇來說，基於“尊重生命”的良知“把槍口抬高一厘米”，就是一種非正式的制度安排，是一種“良心義務”。通過這一判例，賽德爾法官基於法治實施中的倫理關係，為執法者設定了一項忠於良知的義務，一種基於人性的良心義務。

(二) 法理分析

執法者忠於良知的義務在性質上，既是一項倫理義務，又是一項法律義務。作為倫理義務，它是法治實施倫理的核心，是執法者在人倫關係上應為的行為，因此，法治實施的倫理典章有必要明確執法者應當忠於良知；作為法律義務，它可以通過立法或司法判決強制要求執法者履行，並且承擔不履行或不當履行此項義務可能的法律責任。

執法者忠於良知的義務可適用於一切法律實施的場合。在法理上，制度是一種非人格化的規則或機制，它的有效運行需要排除各種情感因素。但是，制度中的個體卻是包含着感情、感受、感覺、傾向、偏好和趣味的存在，無論在何種情況下，都不可能轉變為完全的“制度化的頭腦”。¹¹ 而且，制度設計再嚴密，都難以應對法治實施中可能遇到的各種具體情況、場景和要求。面對這種必然情形，必須重視正式制度與非正式制度建設的並舉，強調以良知統領制度

的執行。這樣才能確保法律制度的嚴肅性與法治實施的社會妥當性相統一。

從善治的角度來看，這一著名案例說明，只有當正式的制度和非正式的制度相融合，形成一個縱橫交錯的和諧整體，才能在法治實施中“致良知”，才能形成令人心悅誠服的執法，才能實現善治，一方面抑制社會關係、人際交往中的“機會主義”，另一方面提升制度體系的公信力。這是法治實施所要達成的社會目標。

在全面推進依法治國的背景下，無論國家治理體系現代化建設，還是國家治理能力現代化建設，都要求把道德、倫理和輿論等非正式制度的建設和應用，擺在與正式制度建設同等重要的位置，並且以立法或(和)司法解釋的方式要求執法者把“致良知”作為執法倫理的核心，以良知統領正式制度的執行。

深究其因，沒有以良知為代表的非正式規則，國家治理體系就不完整，就難以實現現代化；同理，沒有以良知為代表的生活經驗和職業倫理的指引，執法者就難以把制度規則準確地適用於現實生活，國家治理能力也將存在嚴重不足甚至缺陷。因此，在法治實施的過程中，關於執法者如何“致良知”的執法倫理就顯得特別重要。應當說，執法者必須忠於良知，正是良法善治固有的內在含義。

四、透視踐踏良知的“執法”現象

(一) 踐踏良知的“執法”現象

從執法者忠於良知的義務看中國的行政執法和社會管理，一些執法者片面強調(正式的)制度而踐踏良知的“執法”現象，以及這種現象表現出來的頑固性，必須引起高度重視。

2012年6月，某縣公安局治安大隊在調查一起案件過程中，在顧某電腦裏發現了95部淫穢影片，認定其“使用計算機在互聯網複製淫穢影片到自己電腦上供本人觀看”，根據《中華人民共和國治安管理處罰法》第68條規定，對顧某處15日治安拘留並處罰款人民幣3,000元。執法人員“執法”時，強調顧某下載“黃片”，全然不顧顧某只是在家自娛自樂、

並未在公共場所傳播、其行為不具有社會危害性的事實。¹² 這種公然侵犯人的基本自由的“執法”行為，不僅與法治的社會目標大相徑庭，而且與社會的一般道德觀念相衝突。

無獨有偶，2012年3月，陝西安康懷孕七月孕婦因交不起人民幣4萬元保證金被計劃生育執法人員強制引產。¹³ 在這一“執法”事件中，執法人員片面強調孕婦違反二胎有關政策，未辦理第二胎生育證，全然不顧基本人權，強行實施大月份引產，“合法地”剝奪他人生命，令人髮指！這種肆意剝奪他人生命的“執法”行為，其實質就是在踐踏人權和法治，挑戰良知底線。

這不禁令人想起2009年刺痛中國良心的“開胸驗肺”事件：河南省新密市工人張海超，在從事接觸有害粉塵工作三年多後呼吸困難無法工作，被多家醫院診斷為塵肺病，但法定職業病鑒定機構卻因企業拒絕為其提供相關職業史資料，以無法定的粉塵接觸史材料為由，“依法”鑒定為“肺結核”，張海超的健康和勞動保護權利得不到起碼的尊重、實現和保護。為尋求真相，這位28歲的年輕人只好來到鄭州大學第一附屬醫院，不顧醫生勸阻強烈要求“開胸驗肺”，以如此悲壯之舉才得以揭穿謊言。其實，在張海超“開胸驗肺”前，該院醫生便對他坦承，“憑胸片，肉眼就能看出你是塵肺”。¹⁴ 人性良知在“依法”辦事的過程中再次遭到無情踐踏。

(二) 問題透視

透過這三起“嚴格執法”事件，我們看到的是某些執法人員隱藏在以法行政、以法管理表象下借法謀私的扭曲人性和人格。這些事件告訴我們，背棄良知就會導致法治實施偏離人權保障的憲法目標，善治就難以實現；以良知執法，要求執法人員堅守良知，尊重人的生命、健康、基本自由等自然權利和各項憲法權利等基本權利，拒絕、抵制各種可能影響公正執法的誘惑，這樣才能在法治實施的過程中“致良知”。

如果從執法機制的角度深究，不難發現這些事件其實是中國傳統統治型行政執法“毒副作用”的結果。傳統統治型行政執法，即執法是實現統治的手段，為了實現統治目標，行政執法成為法律實施的最

常用的手段。政府部門作為惟一的執法主體，行政長官和執法人員均由政府任命或委派，實行公務員管理或參照公務員管理，執法決策、決策執行和監督決策執行均聽命於行政長官，利益相關人無權參與；執法人員的執法行為只對上級負責，無須或難以受到其他利益相關人的監督，其實質是一種自上而下單一向度的行政管制。

這種單一向度的行政管制，由於缺乏必要的執法民主，缺少善治要素的考量，容易造成以法行政、以法管制和機械執法的後果；又由於執法人員只須對上級負責，通常僅受政治規範的制約¹⁵，而非來自公共利益、職業標準、社會價值觀、法律和政治規範全方位的約束，容易形成欺上瞞下、不計後果、喪失良知的局面。這是上述“嚴格執法”事件賴以發生的機制因素。

這些明顯違反良知的公知“執法”事件說明，如何改革傳統統治型行政執法，通過新的執法機制建設，教育、促進、監督和保障執法人不僅依法辦事，而且依良知辦事，是中國法治實施工程的關鍵環節。

有必要說明的是，依良知辦案(事)，是行政法“比例原則”的深化和具體化。行政法“比例原則”——“公法之皇冠原則”，要求行政行為在目的及手段上，應充分考慮行政目標的實現和行政相對人權益的保障，採取適當的手段，使對行政相對人權益的侵害得以避免或降到最低限度。¹⁶ 法律實施中“比例原則”的落實，需要“致良知”——依良知辦案(事)的具體指引。執法人員是否以及如何才能作出符合“比例原則”的行政執法行為，離不開是否“致良知”的具體考量。本文認為，沒有“致良知”的理念和機制，那些踐踏良知的“執法”現象就難以根除。

五、建立公共治理型執法機制

(一) 發達國家公共治理型執法的實踐

發達國家公共治理型執法是踐行善治理論的產物，是非政府組織和(或)其他利益相關者，作為國家治理的主體依法參與公共事務治理的基本方式，參與公共領域法治實施的決策、決策執行和監督決策執

行。¹⁷

以英國為例，在人體組織細胞(包括幹細胞和臍血)的研究和利用領域，針對 20 世紀 90 年代暴露出來的許多醫院未經患者同意隨意摘除和保存(remove and retain)其人體器官組織的不良事件，該國 2004 年《人體組織法》(*Human Tissue Act 2004*)規定由人體組織管理局(*Human Tissue Authority*, HTA)負責監管執法。

2005 年衛生部(*Department of Health*)發起成立 HTA，依《人體組織法》將其定性為具有執法和監管職能的非政府部門公共機構(*Executive Non-Departmental Public Body*, ENDPB)。人體組織細胞領域的公共利益是 HTA 工作的核心，對於那些為了研究、治療病人、屍體解剖、教學、公開展覽等目的而儲存和使用人體組織細胞的單位，通過發牌(頒發許可證)以支持公眾的信心。HTA 的主要目標是制定並維護明確而合理的、在公眾和專業人士層面都有信心的標準，以便建設一個專業人士、患者、家庭和市民都有信心的監管制度。¹⁸

為此，HTA 實行理事會領導下的行政長官負責制。理事會成員包括一名主席和 11 位理事，由國務衛生大臣委任。主席和其中九個理事由非專業人士組成，包括來自患者權利組織和社群的公益人士，其餘兩個理事則是從那些與《人體組織法》的適用有“直接利益關係的群體”中隨機挑選的專業人士。¹⁹ 理事會負責人體組織細胞執法的決策，具體包括確立 HTA 的戰略方向、監控戰略目標的進展情況等九項重要職責。²⁰ HTA 的日常運行和發牌、檢驗等業務，是由一個由 42 名工作人員組成的核心團隊管理，它被分成合規、戰略與質量、交流及公共事務、資源(管理)四個部門，由行政長官領導。行政長官負責 HTA 的執行工作，對理事會負責，理事會就 HTA 的活動和職能對衛生部和議會負責。

HTA 成立以來，在細胞研究和臨床應用領域，制定了所需要的各種標準，通過發牌改善用於移植的組織細胞的質量和安全，並於 2007 協助英國政府通過《人體組織(人體應用質量和安全)條例》(*Human Tissue (Quality and Safety for Human Application) Regulations 2007*)，使英國在落實 2004-2006 年歐盟關

於(人體)組織和細胞三個指令(EUTCD)方面領先其他許多國家。除此之外，實踐證明，HTA 在促進或推動對(幹)細胞(治療)研究和應用的社會共識方面，在建設一個科學合理的監管框架以維護投資信心，從而滿足新技術的投資者安全需要方面，發揮出傳統統治型行政執法難以替代的優勢。這種公共治理型的監督執法框架，不僅在人體組織細胞研究應用領域改善了醫患關係，而且對於英國在(幹)細胞研究上成為具有領導地位的世界強國，具有促進和保障作用。

(二) 公共治理型執法的特點

從法治實施的角度觀察 HTA，可以歸納出公共治理型執法的如下特點，使其不同於傳統統治型行政執法，更容易滿足善治要求。

1. 可適用於涉及公共利益的領域

在信息和網絡時代，涉及公共利益的事件極易傳播，這些領域最需要善治。例如，人體組織細胞的應用，涉及公眾健康和公共衛生利益，屬於倫理敏感問題，容易引起國際社會和公眾關注。按照倫理要求，應當引入相關社會團體和公眾代表參與監管和執法，以此確保執法民主法律關係的平等性(equality)、法律價值的多樣性(diversity)²¹和執法過程的透明度(transparency)²²等基本價值，實現執法必要程度的民主，公共治理型執法順勢而生。

2. 吸收業內外人士參與監督執法

這是公共治理型執法不同於傳統統治型行政執法最顯著的特徵。例如，在人體組織細胞研究應用的監管執法方面，業內人士即專業成員，來自於與人體組織細胞研究、細胞技術臨床轉化和細胞產品生產相關的科研、醫療和制藥背景；業外人士，則來自廣泛的社會領域包括患者代表，以顯示民意的代表性和相關性，並且帶來商業和公共部門的經驗²³，從而能夠保障專業利益、行業利益與公共利益的平衡。這顯然有利於滿足善治對於利益相關人參與治理結構的正當性要求。²⁴

3. 執法原則要求盡可能滿足善治要素

HTA 通過發證、制定標準、(與 MHRA²⁵聯合)檢查、諮詢、協商或發佈專門指令等方式，對人體組織細胞研究和應用行為實施公共治理型監管。監管活動

遵循減少行政負擔原則，確保提供的建議和指導意見符合漢普頓實施審查的原則，即監管執法應當透明、負責、可解釋、成比例，具有針對性和一致性，基於風險評估確定監督的重點²⁶，以便執行更好的監管使之符合善治要求，促進人體組織細胞的研究和應用。例如，就(幹)細胞療法的監管執法決策和決策執行，HTA 必須由依法成立的公共治理型監管機構組織各方利益相關人及其代表進行公開對話，以實現必要的透明度，這是 HTA 的一項法定義務。²⁷ 這些執法原則有利於滿足善治在人體組織細胞研究應用領域對於民主參與、透明度、人權和法治的要求。英國 2007 年《人體組織(人體應用質量和安全)條例》就如何實施這些執法原則作了具體安排。

4. 重視執法倫理

公共治理型執法重視執法倫理建設，要求執法不僅依法辦事，還要遵循倫理規則。例如，在細胞研究應用領域，HTA 監管執法除了要求遵循減少行政負擔這一執法基本倫理外，另要求始終按照《英國幹細胞倡議：報告和建議》(即 Pattison 報告)倡導的“既支持幹細胞治療技術科學、合理的應用，又能自覺地從倫理、社會、法律和道德等方面限制其負面影響”這一政策導向，開展公共治理型監管²⁸，將細胞倫理²⁹上升為細胞執法倫理，從而確保細胞執法不僅依法辦事(案)，而且依良知辦事(案)。這些做法，使英國在細胞研究應用領域具有世界領導力。

總之，公共治理型執法的要義是在公共領域改革監督執法機構的性質和治理結構，對公共事務實現政府與社會的共治，即政府機關、民營機構和志願性機構等基於法律和倫理等共識規則，主要通過合作、協商、夥伴關係等方式，對涉及公共利益的領域共同進行監管執法。

(三) 公共治理型執法機制的原理

從國家治理現代化的角度來看，英國在人體組織細胞研究應用領域建立 HTA 這樣一種公共治理型執法機制，目的是確保在這一公共領域建立具有現代治理結構的執法機構，重新定位政府職能，協調人體組織細胞研究應用(例如幹細胞療法和再生醫學)所涉各方、各階層的利益，達成並且維護共識規則，在人體

組織細胞研究應用領域做到公共權力共享、公共利益共商、公共信息透明；執法做到價值理性和工具理性並重，摒棄單一的工具理性；對公職人員實行全方位問責制，強調執法者應受公共利益、法律和政治規範、職業標準、社會價值觀的約束，而非僅受政治規範的制約³⁰，是國家治理現代化在這一公共領域的具體體現。

鑒於此，應當認為，在事關公共管理和公共服務的領域實行公共治理型執法，意味着“再造管理方法”³¹，其核心是重新定位政府職能，協調所涉公共領域各方、各階層利益，形成全社會的基本價值觀，維護共識規則，努力使整個社會不僅依法辦事，而且依良知辦事，盡可能促進每一個人的自由和全面發展，而非僅追求經濟利益或者某些階層的利益。為此目標，建設公共治理型執法機制，強調在思想觀念、治理結構和制度建設等方面革舊佈新。

首先，要破除專門知識的壟斷。在網絡和信息時代，善治首先就是要做到公共信息透明。為此，公共治理型執法要求人們必須告別這樣的錯誤觀念，即行政機構和專家能夠準確地瞭解對每個人來說甚麼是正確的和有益的。³²事實上，行政機構和專家不僅在證券市場改革、醫藥衛生改革這些重大改革問題上，難以準確地瞭解對每個人來說甚麼是正確的和有益的；而且，在諸如幹細胞療法這類具體的公共事務上，同樣難以準確地瞭解每一個有需求的人具體的利益訴求。因此，(行)善治必然要求培育社區自治、行業自治和個人自治等形式的社會自治，發展各領域各行業的社群組織，使之能夠參與公共治理執法，相應地提供必要的公共信息。

其次，要實現管轄權的開放。網絡化和信息化為社會團體、公民個人參與公共管理和公共服務，不僅提出了客觀要求，並且提供了便利條件。社會團體或公民個人有權廣泛參與公共事務，而參與的範圍和方式，不能全由行政機構和專家定奪，而應當根據文明社會的相關標準，按照善治的要求符合良知地開放，並在制度上作出合理安排，確保所有類型的利益相關者都有其代表能夠參與公共領域執法決策、決策執行，並且監督決策執行。為此，需要在涉及公共利益的一切領域實現立法跟進，確保相關領域的社會組織

和社會成員按照善治標準獲得執法管轄權。

再次，要實現執法決策結構的開放。民主參與是善治的基本要素之一，是實現善治的根本保障。公共治理型執法的決策結構，同樣是誰有權利參與或誰應當參與執法決策的問題。民主參與要求通過執法機制建設，保障執法決策所涉的所有類型的利益相關人，包括正相關和負相關，都有機會參與，依照法定程序表達意見，陳述請求，投票決策。因此，公共治理型執法決策結構的開放同樣需要立法跟進，做到法治框架下執法決策的開放。

第四，要就執法決策、決策執行和監督決策執行進行公開對話。一是公開，要從過去的政府官員單一決策，或者政府官員與專家權威之間的閉門協商，轉化為執法決策者或執行者與各種利益相關人之間的公開對話；二是透明，監管執法的決策、決策執行和監督決策執行，它們的對象、內容、依據、證據、程序和結果，透明的程度應當與決定所涉公共利益的性質相一致。即使在政府官員與專家之間的閉門協商確實必要的場合，協商的初步結果必須能夠傳達到所有利益相關者，並徵求其意見，以滿足透明度的最低要求。

第五，規範執法決策和決策執行程序。所有的治理活動都要體現在決策和決策執行上。在法治實施過程中，公共治理型執法要求各種利益相關人的代表就整個決策和決策執行過程的規範達成一致，實現自我立法和自我約束，以實現善治目標。為此，必須就執法決策程序和決策執行程序的基本事項，以組織章程的形式作出預先安排和規定。這是法治主義的公共治理型執法的內在要求。

以上五個方面從原理上揭示出當代公共治理型執法與傳統統治型行政執法的本質區別。這是徹底改變一些執法者頭腦中長期存在的“重權力輕權利、重治民輕治官、重管理輕服務”³³，這樣一些傳統思想誤區的必由之路，是確保執法人員不僅依法辦案(事)，而且依良知辦案(事)的機制保障。

(四) 中國實踐公共治理型執法的路徑

中國實行公共治理型執法的必要性在於，當今中國市場經濟和多元發展並存已經成為現實，不同的社

會群體對於公共利益的訴求既有一致性，也有差異性，政府相關機構並不能完全代表公共利益。而且，公共利益與私人利益密不可分。在事關公共管理和公共服務的領域，同樣存在個體或群體權益保護問題。大量事實反覆證明，這些問題甚至可能以很激烈的方式呈現。當公民個體或社會群體的權益遭到忽視和侵害時，由政府各機構構成的單一化治理結構，作為執法的惟一主體，容易成為所有社會矛盾和衝突的焦點，並成為惟一的責任主體。這種狀況使得政府在應對各種社會衝突和群體性事件中，既疲於奔命，又易導致公信力上的懷疑，甚至導致社會管理失序。

為了克服和糾正這些弊端，建議在公共領域探索建立公共治理型執法機制，實現由傳統統治型行政執法向當代公共治理型執法的轉變。具體路徑包括明確公共領域的範圍，立法先行，試點突破，最後全面推廣。在這個過程中，要特別關注社會組織是否健全和失靈的問題，確保相關的社會組織和公民個人能夠按照善治標準有效地參與法律實施。

1. 從法律上明確公共領域的範圍

公共領域包括公共秩序、公共安全、公共環境、公共設施、公共建築、公共通訊、公共能源、公共交通、公共水利、公共救災、公共衛生、公共防疫、公共醫療、公共社保(社會保障)、公共教育、公共科技、公共文化、公共體育、公共藝術、公共遺產和人口生育等一切(可能)涉及公眾利益的領域。由於存在共同的倫理關切，在這些領域建立公共治理型執法機制，實現監督執法管轄權和決策結構的開放，具有社會基礎。

2. 立法先行

通過法治實施實現善治目標，必須要有良法的支持。良法的標準是：真實反映公共意志，符合公平正義要求，能為所有人創造通向和平、幸福和富足的各種條件³⁴，且形式上制定良好。為此，應當以符合中國國情的良法觀指導那些事關公共管理和公共服務的法律、法規的立改廢工作。為此，應重點解決“為誰立法”問題，這“直接關係到立法的性質、方向和效果”，直面“人民群眾對立法的期盼”。³⁵ 必須明確，在公共領域，要實現執法管轄權和決策結構的開放，實現決策和決策執程序的規範，就執法決策、

決策執行和監督決策執行進行公開對話，都需要立良法就相關社會組織的建設、功能、作用和組織章程等問題，提供保障、指引和規範。例如，公共醫療和公共衛生領域的監督執法，需要病人權利組織或患者安全組織的參與，相應地，就需要通過患者安全立法解決相關社會組織的合法性問題。

3. 普及知識

在法律的立改廢過程中，普及公共治理型執法(機制)的原理原則、制度和程序等方面的知識，以及相關公共領域的知識。普及知識為的是在公共領域破除專門知識的壟斷，為公共治理型執法奠定社會基礎、技術基礎和法治基礎。特別應當在立法之後，就相關的法律法規，以及公共治理型執法的原則、方法、程序和技能，實行廣泛宣傳與專門培訓並舉的知識普及。

4. 試點突破

公共治理型執法在思想觀念、制度建設和制度執行等方面，都顛覆了傳統統治型行政執法的做法。為了避免不必要的社會震盪，在全國東西南北中各區域選擇經濟基礎、社會基礎和法治基礎較好且具有立法權的城市先行試點，積累、總結公共治理型執法經驗，分析利弊，甚為必要。

5. 全面推廣

全面推廣有兩層含義：一是從公共領域的某(幾)個方面逐步向所有方面推廣；二是從試點地區向全國推廣。全面推廣應當在試點取得突破性進展，經驗總結、制度總結和理論總結都支持推廣的基礎上穩妥進行。

六、結語

實現善治是法治實施的目標，以良知執法是善治的必然要求，而問題關鍵是在監督執法中如何“致良知”，使執法人員能夠遵從良知觀察問題、認識問題、處理問題和解決問題，既依法辦事(案)，又依良知事(案)，實現兩者的結合。這是以良知執法的本質要求，是國家治理現代化的題中應有之意。

以良知執法中的“良知”，不僅指“知恥”、

“知愧”和“知恩”等一般人所擁有的道德情感，更指尊重人的生命、健康、基本自由等自然權利和各項憲法權利等基本權利，這些現代文明國家中放之四海而皆準的法律原則，屬於這兩者相結合產生的法律實施中的倫理範疇。

為了在法治實施中“致良知”，一方面，應當加強執法倫理建設，並且在《行政處罰法》等法律上為執法者設定一項忠於良知的義務；另一方面，必須摒棄公共事務的管理權只屬於政府，政府運用政治權力和/或(專業)權威，對整個社會實行自上而下的單一向度的統治型管理，這樣一種傳統觀念，在執法機制上儘快實現由傳統統治型行政執法向當代公共治理型執法的轉變。這是中國法治實施和國家治理現代化面臨的重大課題。

那些踐踏良知的“執法”事件一再證明，在統治

型行政執法中，執法人員的執法行為只對上級負責，無須或難以受到其他利益相關人的監督，容易造成以法行政、以法管制、機械執法，甚至欺上瞞下、不計後果、喪失良知的局面。

建設公共治理型執法機制，就是要通過“再造管理方法”，吸收業內外人士參與監督執法，確立盡可能滿足善治要求的執法原則，重視執法倫理建設，破除公共領域執法專門知識的壟斷，實現執法管轄權和決策結構的開放，就執法決策、執行決策和監督決策執行進行公開對話，並規範執法決策和決策執行程序，使之可適用於涉及公共利益的領域。

為確保執法人員在執法過程中忠於良知，須探討中國公共治理型執法的實現形式，建議從法律上明確公共領域的範圍，解決普及知識和試點突破問題，逐步全面推廣。

註釋：

- ¹ [美]詹姆斯·N·羅西瑙主編：《沒有政府的治理》，張勝軍、劉小林等譯，南昌：江西人民出版社，2001年，第57頁。
- ² 見《孟子·公孫醜上》第六章。
- ³ 周月亮：《王陽明大傳》，北京：中華工商聯和出版社，1999年，第34頁。
- ⁴ 同上註，第57頁。
- ⁵ 程在里：《為正義而鬥爭的羅曼·羅蘭》，載於《文化譯叢》，1986年第2期，第20頁。
- ⁶ IMF (2005). The IMF's Approach to Promoting Good Governance and Combating Corruption: A Guide. International Monetary Fund. In the website of IMF: <http://www.imf.org/external/np/gov/guide/eng/index.htm>.
- ⁷ 黃清華：《治理術與國家治理能力現代化》，載於《武陵學刊》，2015年第1期，第45-46頁。
- ⁸ [美]奧利弗·E·威廉姆森：《治理機制》，方世建等譯，北京：中國社會科學出版社，2001年，第45-59頁。
- ⁹ 作為“新制度經濟學”的命名者，威廉姆森認為經濟中的人都是自私的，而且，為了利己，還可能不惜損人。威廉姆森把人一有機會就會不惜損人而利己的“本性”，稱之為“機會主義”。人的這種本性直接影響了以私人契約為基礎的市場效率。見Williamson, O. (1979). Transaction-cost Economics: Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 22 (2). 233-261.
- ¹⁰ 郭道暉：《“一厘米主權”與趙作海的生死》，載於《炎黃春秋》，2010年第8期，第24頁。
- ¹¹ 薛瀾、張帆：《治理理論與中國政府職能重構》，載於《人民論壇·學術前沿》，2012年6月上，第19頁。
- ¹² 李克傑：《“在家下黃片被拘”暴露法律不銜接》，載於《新京報》，2012年6月16日，時事評論版。最後本案經前郭縣政府法制辦行政覆議，認為顧某下載色情淫穢影片僅限於供自己觀看、沒有傳播，所造成的社會危害及影響輕微，前郭縣公安局的處罰決定屬處罰失當，故撤銷“前公(治)決字[2012]第37號”處罰決定。
- ¹³ 《網曝安康懷孕7月孕婦遭強制引產，官方稱依法執行》，載於華商網：<http://society.chinaiss.com/html/20126/13/>

- a4f563_1.html，2015年6月19日。
- ¹⁴ 《“開胸驗肺”誰之痛，職業病鑒定的無奈》，載於《新華每日電訊》，2009年7月15日，第2版。
- ¹⁵ 執法人員在違法亂紀造成嚴重後果上級追責的情況下，才受到法律規範的制約。
- ¹⁶ 蔣紅珍：《論比例原則——政府規制工具選擇的司法評價》，北京：法律出版社，2010年，第9-10頁。
- ¹⁷ OPM or CIPFA (2004). *The Good Governance Standard for Public Services*. London: Hackney Press Ltd. 10-20.
- ¹⁸ HTA (2012). About Us. In the website of Human Tissue Authority of UK: <https://www.hta.gov.uk/about-us>.
- ¹⁹ HTA (2012). Governance. In the website of Human Tissue Authority of UK: <http://www.hta.gov.uk/aboutus/governance.cfm>.
- ²⁰ HTA (2012). Authority Member. In the website of Human Tissue Authority of UK: <http://www.hta.gov.uk/aboutus/ourpeople/authoritymembers.cfm>.
- ²¹ HTA (2012). Equality and Diversity. In the website of Human Tissue Authority of UK: <https://www.hta.gov.uk/about-us/equality-and-diversity>.
- ²² HTA (2016). Transparency. In the website of Human Tissue Authority of UK: <https://www.hta.gov.uk/about-us/transparency>.
- ²³ BRE (2012). View Idea: Principles Based Regulation. In the website of Better Regulation Executive: <http://www.betterregulation.gov.uk/ideas/viewidea.cfm?proposalid=56e437360a664f5bb073ee784a96ba71>.
- ²⁴ 《法國醫院法》也規定了這樣一種公共治理型監管執法框架和結構，以便吸收業內外人士參與公立醫院監督執法。
- ²⁵ 指“醫藥和保健產品監管署”。
- ²⁶ BRE (2012). View Idea: Principles Based Regulation. In the website of Better Regulation Executive: <http://www.betterregulation.gov.uk/ideas/viewidea.cfm?proposalid=56e437360a664f5bb073ee784a96ba71>.
- ²⁷ HTA (2016). Transparency. In the website of Human Tissue Authority of UK: <https://www.hta.gov.uk/about-us/transparency>.
- ²⁸ UKSCI (2012). UK Stem Cell Initiative: Report and Recommendations. In the website of the Department of Health of UK: http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4123849.
- ²⁹ 細胞倫理的基本規則見國際幹細胞研究會(ISSCR)：《幹細胞臨床轉化指南》，王太平、徐國彤、周琪、李凌松、裴雪濤翻譯整理，載於《生命科學》，2009年第5期，第747-756頁。
- ³⁰ 黃清華：《EUTCD 及其執行情況與啟示》，載於《臺灣科技法律與政策論叢》，2013年第1期，第153-154頁。
- ³¹ Beck, U. (1996). *The Reinvention of Politics, Rethinking Modernity in the Global Social Order*. Cambridge: Polity Press. 23-24.
- ³² *Ibid.*
- ³³ 同註7，第46頁。
- ³⁴ Konow, J. (2003). Which Is the Fairest One of All? A Positive Analysis of Justice Theories. *Journal of Economic Literature*, 41 (4). 1188.
- ³⁵ 王香平：《十八大以來習近平同志關於依法治國的重要論述》，載於《瞭望》，2014年第12期，第11-12頁。