

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research



The Measurement of Administrative Participation
The Regulations of the Open Administration

行政参与的度量衡

开放式行政的规则治理

刘福元 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

哈工大法学文丛
HIT - University Series of Legal Research

行政参与的度量衡

开放式行政的规则治理

刘福元 著

中央高校基本科研业务费专项资金资助
中国博士后科学基金资助项目“行政参与的度量衡
——开放式行政的规则治理”（2011M500681）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政参与的度量衡:开放式行政的规则治理 / 刘福元著. —北京:法律出版社,2012.7
(哈工大法学文丛)
ISBN 978-7-5118-3714-1

I. ①行… II. ①刘… III. ①行政法—研究
IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 148828 号

行政参与的度量衡
——开放式行政的规则治理

刘福元 著

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 8.75 字数 260 千

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外合作出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3714-1

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

法律出版社一向以推进法学学术研究为目标,为法律学人提供了良好的交流平台。承蒙法律出版社的大力支持,《哈工大法学文丛》这一学术项目的帷幕徐徐拉开,这无疑是哈工大法学院向学界同行集中展示学院教师学术研究成果、拓宽和深入与专家学者交流的一个极好机会。同时推出这些成果,也是纪念哈工大法学院成立三周年和哈工大法学专业建立十周年的极好形式。我非常高兴应法律出版社本文丛负责人易明群女士之邀,写几行文字,对哈工大法学院的学术研究略作介绍,以为本丛书之序。

在学校领导的大力支持下,在哈工大建设世界一流大学的背景中,哈工大法学院于2005年年底正式成立。学院现有教职工31名,其中全职教师26名。学院师资队伍的特点是国际化。首先是师资队伍结构的国际化,拥有15位来自美国、德国、法国、意大利、国际司法机构、国际学术组织的海外客座教授群,分别担任学院的客座教授和长期合约教授,这些知名专家学者频繁来学院讲学交流;其次是全职教师

学缘结构的国际化,全院教师均有良好的学缘背景,其中3位教授、副教授获得德国名校博士学位,两位教授、副教授长期留学法国和爱尔兰,1位副教授获得芬兰赫尔辛基大学副博士,1位副教授为哈萨克斯坦国立大学的博士,另有几位教师正在攻读意大利和法国的博士学位;再次是师资队伍工作目标的国际化,科学研究全方位国际化,人才培养方面切实贯彻培养面向世界的国际化人才的目标,积极采取加强学生跨文化交流能力的系列措施,取得良好效果。学院师资队伍的另一特点是年轻化。学院的教师大多拥有国内名校的法学学位,毕业于北京大学、武汉大学、吉林大学、中国政法大学等,获得博士学位和正在攻读法学博士学位的教师占60%左右。目前几位学术带头人都在四十岁左右,绝大多数骨干教师都在三十多岁。他们主持着十余项省部级课题和国际合作项目。若干年轻博士担任了学校和学院法学研究机构的负责人。这就使得法学院的研究和教学工作充满了活力和蓬勃向上的氛围。

三年多来,哈工大法学院以高起点、研究型、国际化为特色,学科建设取得了突出的进展,师资力量大大加强,研究方向进一步明确,学术成果不断增多,在国内法学界尤其是理工科高校同行中的影响逐渐显现。2008年1月,在哈工大法学院承办的教育部法学教学指导委员会“理工科高校法学人才培养模式研讨会”上,学院提出的理工科高校法学建设要“入主流、有特色、建亮点”的思路,获得了同行们的认可。

科学研究历来处于学院建设的龙头地位,学院始终致力于推出并传播高层次学术成果,在实力雄厚的国际法尤其是外层空间法、欧洲法、国际司法制度、国际刑法以及比较法等领域,开展了认真扎实的研究,发表了一系列学术成果,搭建了一个个学术平台。建院以来,在学校的支持下,先后建立了哈工大欧洲法与比较法研究所、哈工大空间法研究所、哈工大人权法研究所、哈工大私法研究所、哈工大德国法研究所,以及法学院知识产权研究中心和法学院俄罗斯法研究中心等。这些学术机构的建立,对于推动资源和人才整合,强化研究方向、突出研究重点起到了良好的作用,是我们的一个重要经验。

由于我国在空间技术领域的迅猛发展和在国际空间活动中重要地位的日益凸显,对于空间法律全面深入的研究日益迫切,法学院在这一领域开展了卓有成效的研究工作。赵海峰教授先后主持完成了中国空间立法研究、空间活动的国际法与国内法比较研究等省部级课题,近三年每年在国际空间法年度研讨会上发表论文。以哈工大空间法研究所为中心,形成了一支稳定的研究队伍,研究人员在国内重要期刊上就空间立法、空间管理体制、空间争端解决、空间商业化、国内外空间法的教学和研究问题等发表近二十篇学术论文;出版了《空间法教程》(2006年,Marco Pedrazzi、赵海峰著,吴晓丹译)等著作;推出了国内唯一的《空间法评论》(2006年创办,赵海峰主编)学术刊物,创办该刊是为了给国内外空间法学者专家提供发表空间法研究成果的平台,推动空间法的研究,并欲与美国、加拿大等国的空间法刊物呈鼎足之势。学院广泛邀请德国、美国、意大利、韩国等国家空间法研究领域的领军人物前来授课、讲学,开展各种形式的学术交流。研究人员积极为国家有关部门的决策提供咨询意见。学院在2006年组织了首次全国规模的空间法学术研讨会,取得了丰硕的学术成果,进一步推动了国内空间法研究工作。哈工大空间法研究所也被同行们界定为国内一流的空间法研究机构。

在欧洲法方面,学院以近十名毕业于欧洲著名高校的归国教师为依托,在包括欧盟法、欧洲人权法和欧洲国家国内法等领域展开了重点学术研究,并于2007年主持召开了欧洲法研究会首届学术年会,推出了《欧洲法问题专论》(2006年,赵海峰著)、列入本文丛的《欧洲法析论》(2008年,葛勇平、孙珥著)、《欧盟法律体系》(李滨、赵海峰等译)、《欧盟宪法条约与欧洲法的新发展》(赵海峰主编)等著作,发表了一系列欧洲法研究的学术论文,赵海峰主编的《国际法与比较法论坛》(2006年创刊)学术刊物上也发表了诸多欧洲法的研究成果。

在国际司法制度方面的研究,哈工大法学院处于国内前列。已经完成和正在进行的省部级课题包括赵海峰主持的“国际司法程序问题研究”、宋健强主持的“国际刑事法院经典判例实证研究”和“国际刑事法

治”的实践理性——以国际刑事法院情势和案件为例”等。赵海峰、李滨、宋健强等就此发表了一系列学术论文,并出版了《国际司法制度初论》(2006年,赵海峰等著)一书。赵海峰教授认为,国际司法机构由于近年来快速的发展、在国际关系中日益显著的作用和丰富的研究对象,应当成为一门独立的学科。宋健强副教授对于国际刑事司法制度尤其是国际刑事法院的机制与判例开展了密集研究,先后出版了《国际刑事司法制度通论》(2006年)、《国际刑事法院诉讼详情实证研究》(2007年)等专著,以及列入本文丛的《国际刑事法院“三造诉讼”实证研究》(2008年)等,学术界对此给予了充分关注,陈兴良教授肯定了宋健强在研究中分别就国际刑法哲学、国际刑事法治、表面正义等方面提出的新观点的学术价值,并指出“宋健强致力于国际刑法研究,新作迭出,锋头颇健,值得称道”。

在比较法研究方面,法学院也着力甚巨。比较法研究的一个主攻方向是国别法研究。赵海峰教授很早以来,就主持了法律出版社《法国现代法学名著译丛》的翻译和出版工作,目前该丛书中的《法国商法》(罗结珍、赵海峰译)、《法国民法总论》、《世界法的三个挑战》(罗结珍、赵海峰等译)等著作已经出版,《法国宪政学》一书也即将出版;同时主持的北大出版社的《海外学子法学文库》也正在推进,第一种《欧盟对华投资的法律框架——解构与建构》已经出版;另外主编的《国际法与比较法论坛》第一、二、三辑中,发表了不少比较法学的论文。哈工大德国法研究所主任葛勇平、孙珺两位教授主编的《德国法研究》(2008年创刊)刊物的第一、二卷,发表了相当数量的德国法研究的学术论文。学院在俄罗斯法研究方面也发表了十余篇学术论文,主持了若干包括省部级课题在内的研究课题。

哈工大法学院在民商法和法理学方面,力量也比较强。民商法教师,主持了有关土地登记制度等内容的若干高层次研究课题。知识产权等领域成果集中,分别出版了《网络知识的法律保护》(2008年,郭丹主编)、《网络法概论》(郭丹主编)、《知识产权法》(2008年,王伟、李晶珠编著)、《合同之债例解》(2006年,任旭东、冯秋燕等编著)等专著和教材。

法理学的研究目前在人权法方面比较突出,哈工大人权法研究所所

长杨成铭教授在欧洲人权机制和教育权等方面的研究成果丰硕;副所长王宏伟副教授在哈萨克斯坦出版了《中亚国家人权研究》(2007年)、《国际法与中国—哈萨克斯坦两国关系研究》(2007年)等专著,并发表了一系列学术论文;副所长王勇波博士则在国际著名出版社出版了有关香港问题的人权法英文专著《The Protection of the Fundamental Rights in the Hong Kong Special Administrative Region: An Analysis of Transition》(2007年)。对于死刑问题,除了发表研究论文之外,还组织翻译了两部重要著作在法律出版社出版:一部是法国巴丹戴尔的《为废除死刑而战》(2006年,罗结珍、赵海峰译);另一部是爱尔兰人权中心主任夏巴斯的《国际法上的废除死刑》(2008年,赵海峰、吴晓丹、宋健强、李晶珠译)。在国际法的基本理论方面,葛勇平教授在国际法主体理论方面做过深入研究,在德国出版了《香港与欧洲联盟的国际法主体资格问题研究》(2003)一书。朱莉博士以经济分析的方法展开了对国际私法问题的研究,侯瑞雪博士则主攻有关国家—社会的理论框架与我国法学研究的问题。在本文丛中,她们的《管辖权、法律选择方法与规则的经济分析》、《“国家—社会”框架与中国法学研究》都在第一批书目之中,两本专著都是在他们博士论文的基础上修改而成的。法理学方面的另一成果是高立忠、窦玉前编著的《继承与发展:中国依法治国的理论与实践》(2005年)一书。

以上对学院近年来学术研究的几个重点和进展进行了回顾性介绍,有点像流水账,但应当说触及了哈工大法学研究的核心。需要强调的是,这些研究,仅仅是一个良好的开端,哈工大法学院的科学研究,在深度、广度和层次方面都需要做更进一步的艰苦努力。我们一定要抓住时机,找准方向,突出重点,潜心研究,为繁荣我国的法学研究做出更大的贡献,这也是本文丛的一个努力目标。

赵海峰 教授

2008年10月于哈尔滨

目 录

导言 /1

第一章 作为一项权利的行政参与 /18

第一节 行政参与的基本定位 /18

一、行政参与的概念解析 /18

二、行政参与的功能阐释 /24

第二节 行政参与的法理基础 /34

一、为政府决策提供程序正义 /35

二、通过平等协商表达公民意愿 /38

三、确保公民权利付诸实现 /42

第二章 行政参与的领域界分 /49

第一节 专业技术领域的行政参与界限 /50

一、行政参与专业界限的设置理由 /50

二、行政参与专业界限的总体原则 /53

三、专业技术领域的限制进入条件 /55

第二节 个人权利领域的行政参与界限 /59

2 行政参与的度量衡

一、行政参与权利界限的设置理由 /59

二、行政参与权利界限的总体原则 /63

三、个人权利领域的限制进入条件 /65

第三节 行政参与领域的制度规范分析 /67

一、专业技术领域的行政参与规定 /71

二、个人权利领域的行政参与规定 /73

三、行政立法领域的行政参与规定 /74

四、行政监督领域的行政参与规定 /76

五、行政管理领域的行政参与规定 /77

第三章 行政参与的参加人限定 /81

第一节 参加人的参与目的考察 /82

一、行政参与中的个人利益指向 /82

二、参加人个人利益的制度规范例析 /87

三、个人利益视野下的参与不足现象 /92

四、行政参与的激励机制建构 /98

第二节 参加人的代表性分析 /107

一、代表性问题概述 /107

二、代表人的参与资格 /112

三、代表人的职业构成 /118

四、代表人的产生方式 /119

五、代表人的意见分歧与协调 /122

第四章 行政参与的方式选择 /128

第一节 参与方式的目标评价 /129

一、参与方式的行政成本考量 /129

二、参与方式的行政效率考量 /131

第二节 直接参与及多数规则 /136

一、直接参与的法理与局限 /136

二、作为统计规则的多数决定 /144

三、不同参加人的影响力分层 /155

第三节 参与方式的实践形态 /162

一、听证会 /165

二、公开征集意见 /175

三、座谈会和论证会 /187

四、公民会议 /189

五、咨询委员会 /193

六、关键公众接触 /198

七、由公民发起的接触 /200

第五章 行政参与的效力平衡 /208

第一节 防止参与流于形式 /209

一、参与效力过低的表现 /210

二、参与效力过低的成因 /211

三、参与效力过低的后果 /221

第二节 避免参与主导决定 /223

一、参与效力过高的表现 /224

二、避免效力过高的缘由 /226

三、参与效力过高的后果 /235

第三节 寻求参与效力的动态平衡 /240

一、保留行政机关的最终决定权 /240

二、根据行政目的配置参与效力 /242

三、通过行政法律规范进行确认 /247

结语 /250

参考文献 /254

答卷,提交在遗忘之前(代后记) /265

导 言

一、问题的提出

随着现代开放式社会^{〔1〕}的不断成熟和发展,行政参与正在逐步走进我国各级政府及其部门的行政活动之中,行政立法听证会、价格决策听证会、公民调查会、座谈会、论证会,以及利用短信、电子邮件等现代通信手段征求公众意见的情况正变得越来越普遍,公民参与行政过程的数量和质量都呈现出稳步提高的态势。行政参与在现代社会中的快速发展,究其原因,主要包括政治和行政两个层面。在政治层面,作为政治民主在公共领域中的对应物,行政参与在“公民意愿”与“行政活动”之间架起了桥梁,为民意的“表达—接收—采纳”提供了途径——由于行政参与中所表达出的公民意愿具有转化为行政立法和决策的可能,因此可以将其视作在微观领域实现政治民主的有效手段。而在行政领域,行政参与又因其具有如下优势而受到广泛支持:(1)有助于增强公共政策与公民需求之间的相互适应性;(2)有助于提高公民对公共管理和政府改革的理解和认知程度;(3)有

〔1〕“关于开放社会,我仅仅意指这样一个社会:在这个社会中,法律机构、组织和政府机关的构造应有利于方便它们在某种程度上暴露于公共舆论和公众压力之下;而且该社会中的此类机构在某种程度上对这些压力做出实际回应。”参见〔美〕弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威与文化》,高鸿均等译,清华大学出版社2005年版,第23页。

2 行政参与的度量衡

助于公民接受政府制定的公共项目规划;(4)有助于公民帮助政府组织推行公共项目的实施,等等。

上述诸多优势使得“行政参与”这一概念不管是在行政法学还是在行政管理、公共政策理论中,都成了近乎绝对的“天然善品”,成了衡量各种行政法律规范、公共政策,乃至具体行政活动是否正当的标准——如果没有引入行政参与的具体步骤、没有接收或采纳公众的意见和要求,相关的行政立法、决策和执法活动很容易被认为是不合理的甚至是不合法的;而那些开展了行政参与,但却没有达到代表性、层次性、效力性等理想要求的行政活动,也同样会引来诸多非议。可以说,“充分的行政参与”已经成了衡量行政活动是非曲直的一项无可回避的标准,甚至有学者将“公民”定义为“有能力部分参与管理政治系统的人”。^[1]

然而“充分的行政参与”是否真的是毋庸置疑的“天然善品”?是否真的能够作为衡量一切行政活动的“绝对标尺”?我们有时可以见到类似下述对于行政参与优缺点的列举:^[2]

决策过程	公民参与政府决策的优点		公民参与政府决策的缺点	
	参加人的收益	政府的收益	参加人的损失	政府的损失
	教育(与政府代表开展互动学习)	教育(与公民开展互动学习)	浪费时间(甚至是枯燥的)	浪费时间
	游说和启发政府政策	说服公民、建立相互信任,缓和与公民的紧张对抗关系	高成本	高成本
	获取成为积极公民所必需的参与技巧	获取决策的合法性	如果意见被忽视,过程将会是毫无意义的	可能得到负面效果,引发公民对政府更多的非议和敌意

[1] [美]加布里埃尔·A. 阿尔蒙德、西德尼·维伯:《公民文化——五个国家的政治态度和民主制》,徐湘林等译,华夏出版社1989年版,第282页。

[2] 该表数据来源于王巍、牛美丽编译:《公民参与》,中国人民大学出版社2009年版,第14、17页,引用时有所改动。

续表

	公民参与政府决策的优点		公民参与政府决策的缺点	
决策效果	打破僵局,实现满意的决策效果	打破僵局,实现满意的决策效果		丧失决策控制权
	控制政策过程	避免诉讼		政策执行的相应预算数额会降低
	更好的政策和更好的执行效果	更好的政策和更好的执行效果	如果受到利益集团的强烈干扰,政府可能制定出更坏的政策	出现政治意义上的坏政策

显而易见,上表中所描述的“公民参与政府决策”呈现出的是利弊并存的局面,而非单纯的“无瑕之玉”。除此之外,我们还能见到对于行政参与若干弊端的批评,比如,王锡铎教授指出,公众参与立法可能导致“过度参与”或者“参与疲劳”的问题:(1)公众参与往往耗费大量人力、财力、物力,使得立法成本大幅增高;(2)从知识理性角度讲,大众可能在专业知识方面存在一些不足,很难以演绎的方式进行有预见性的公共利益目标选择,公众参与本身无助于知识的合理运用;(3)当前社会中公众的目标价值日益多元化,存在着激烈的冲突,公众参与可能加大行政机关认知公共利益真正目标的难度。^{〔1〕} 格姆雷(William T. Gormley Jr.)教授认为:“官僚决策的民主程序常常显得缺乏效率和条理。许多行政机构规划的决策在巨大的争议中,旷日持久地艰难进行,可最后还是会遇到喧嚣的反对声浪。”^{〔2〕} 而盖伊·彼得斯(B. Guy Peters)则更为直接地质问道:“公众确实是想参与政府决策,但他们也要求政府能够果断、迅速地采取行动。参与会不会成为造成行动迟缓的繁文缛节的另一种形式呢?一般的公众是否有足够充裕的信息来参与复杂决策的详细讨论呢?若不花费大量的时间很难

〔1〕 参见王锡铎主编:《行政过程中公众参与的制度实践》,中国法制出版社2008年版,第18页。

〔2〕 [美]小威廉·T.格姆雷、斯蒂芬·J.巴拉:《官僚机构与民主——责任与绩效》,俞浙暄译,复旦大学出版社2007年版,第7页。

建立共识,这种常让专家们苦恼的问题有时也会出现。……对于政府而言,可能唯一有助于其作出复杂困难的决策的方法是限制参与,而不是鼓励参与。”〔1〕

行政参与自身所固有的局限性有时也会显现在实践过程中,北京市酒仙桥地区危改项目在拆迁过程中引入“民主投票”就是较为典型的例子。2007年5月,在酒仙桥地区拆迁工作开展过程中,街道办事处进行了民意调查,发放了《酒仙桥危改区居民意见调查表》,调查显示,大多数居民不反对危改,只是对目前的拆迁补偿政策不满意。经朝阳区建委、酒仙桥街道办事处和危改实施单位讨论后,2007年6月9日进行了一次公开投票——由危改项目涉及的全体居民来决定拆迁的进程。在累计发放的5473张选票中,收回选票3711张,其中同意2451张、不同意1228张、无效32张,已收到票而未参加投票1220张。居民中无房屋产权的筒子楼居住者赞同危改;私有产权居民反对危改;相当数量的人拒绝投票,认为自己的房屋不属于危房,不应该参加投票并应由承租房屋的居民来决定。然而,按照多数决定规则,同意危改的2451张票不足总票数5473张的一半,最终,开发商撤出了危改项目。〔2〕

我们认为,在这一行政参与事例中存在着如下问题:(1)危改/拆迁过程中是否应当开展行政参与?(2)如果行政参与实属必要,那么是否应当采取“投票”的参与方式?并且是否应当采取“简单多数”的计票规则?(3)在参与效力方面投票结果是否应当直接决定危改项目的去留?

问题(1)涉及行政参与的领域。我们的立场是,在现代社会中行政参与确实具有充分的必要性,但这并不意味着其可以并且应当进入到一切行

〔1〕 例如,在冷战结束之后,美国政府为了裁撤军事基地,建立了“基地裁撤考察团”以限制政治家和对此决策有影响的相关人士主宰该决策;纽约市和华盛顿特区设立了财务控制委员会来控制民主参与所带来的赤字增长,尽管这一策略对控制财政开支未必有效,但若减少参与,那么实现控制赤字增长这一目标的可能性就越大。参见〔美〕B.盖伊·彼得斯:《政府未来的治理模式》,吴爱明等译,中国人民大学出版社2001年版,第69页。

〔2〕 该案例详情参见何军:“公众参与:利益表达与利益整合的视角——基于北京市酒仙桥‘投票拆迁’的分析”,载《北京行政学院学报》2010年第6期,第89~90页。

政活动中——行政参与的范围不应是毫无限制的,在某些特定的行政领域中不宜引入行政参与。本案中,危改项目涉及居民的切身利益,开展行政参与是必要的(尽管国内在拆迁方面开展行政参与的事例还不多见),但我们倾向于认为,危改过程中的行政参与应当更多地集中于如何补偿、能否回迁等方面,而非“拆与不拆”这一前提性问题——酒仙桥地区的房屋大多建于1950~1960年间,而到2007年是否属于危房应由专家进行认定;相反,如果由居民进行认定,那么反对拆迁者无论自己的房屋建于何时都不会认定其为危房。

问题(2)涉及行政参与的方式。我们认为,“投票”方式并不适合解决拆迁问题,因为这种方式更多地被用来解决单一性问题(如投票选举组织领导人、投票表决法案是否通过等),而拆迁问题实质上是一个复合性问题,其中包括“拆与不拆”、“补偿多少”、“如何安置”、“是否回迁”等一系列问题,而居民投票的机会却只有一次,比如有些居民同意拆迁但不满意补偿数额,那就只能投反对票;有些居民同意补偿数额却反对安置方式,同样只能投反对票。结果,投赞成票的只能是那些对所有方案都满意的人,而这一部分人很难达到多数;如果在统计结果时又采取了“简单多数”的计票规则,那么可以预见的是,这样的投票几乎不可能得到多数支持——牵涉如此重大利益的拆迁事件是很难做到令所有人都满意的,那么如果所有人都有投票权,那些稍有不满的人投出的反对票就会使整个结果倒向否定一边。因此,正如学者所批评的那样,“政府和开发单位想毕其功于一役,用民主投票方式,想一次性解决涉及人员如此众多、利益诉求差别很大的事项,几乎就是徒劳的,很难取得实质性成效”。〔1〕一个或许更有说服力的事例是,国务院2010年1月29日发布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》(征求意见稿)第13条规定:“因危旧房改造的需要征收房屋的,县级以上地方人民政府应当在组织有关部门论证的基础上,征求被征收人的意

〔1〕何军:“公众参与:利益表达与利益整合的视角——基于北京市酒仙桥‘投票拆迁’的分析”,载《北京行政学院学报》2010年第6期,第91页。

见。90%以上被征收人同意进行危旧房改造的,县级以上地方人民政府方可作出房屋征收决定;未达到90%被征收人同意的,不得作出房屋征收决定。”然而现实中想要达到半数以上的被征收人同意都很困难,90%的设定无异于宣告取消国内所有的房屋征收/拆迁活动。或许正因如此,在2011年1月19日通过的《国有土地上房屋征收与补偿条例》取消了这一规定。^{〔1〕}

问题(3)涉及行政参与的效力。从本质上说,不管行政参与采用何种方式,都不存在当然的效力设定——公民的意见、愿望、要求乃至投票,并不必然转变为行政决定,因为决策的最终制定主体是行政机关,而非参与到行政过程中的公民。尽管否定“公众参与—行政决定”之间的必然关联有虚置参与效力之嫌,但是从后果主义的角度来讲,在行政参与中公众所得出的结论有可能是错误的,如果行政机关必须采纳,那就只能是一个将错误的结论付诸实践的错误过程。在上述酒仙桥危改案例中,我们认为依照投票结果终止危改并不合理,其所带来的后果一方面是使旧城改造的计划搁浅、土地资源的开发利用受阻,从而不利于城市经济的整体发展;另一方面危房的隐患也被留存下来,而且更重要的是,如果一直采取投票的方式决定拆迁与否,可能几年甚至几十年内投票的结果都不会有变化,危改就会一直被搁置。按照蔡定剑教授的观点,“公众参与不是公众决策,公众表达的意见还需要政府决策部门进行采纳”。^{〔2〕}因此,在酒仙桥危改过

〔1〕以投票作为拆迁过程中行政参与方式的法律规范还包括《上海市房屋拆迁评估管理暂行规定》(2004)第6条:“估价机构的确定应当公开、透明,一般采取被拆迁人投票的方式,也可以由拆迁当事人通过协商一致或者抽签方式确定估价机构。”上海市人民政府《关于进一步推进本市旧区改造工作的若干意见》(2009)第3项:“扩大旧区改造事前征询制度试点。在试点地块启动改造前,按照市建设交通委、市住房保障房屋管理局制定的旧区改造事前征询制度的规定,开展两轮征询,充分听取市民群众对旧区改造意见。第一轮,征询改造区域居民意愿,同意改造户数超过规定比例,办理地块改造前期手续;第二轮,征询居民房屋拆迁补偿安置方案意见,在一定时间内,签订附生效条件的房屋拆迁补偿安置协议的居民户数超过规定比例,进入实施改造阶段。”

〔2〕蔡定剑主编:《公众参与——风险社会的制度建设》,法律出版社2009年版,第20页。