

服务政府制度创新研究

杨建生 著

广西民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

服务政府制度创新研究/杨建生著. —南宁:广西民族出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5363 - 5318 - 3

I. 服… II. 杨… III. 国家机构—职能管理—研究—中国 IV. D630. 1

中国版本图书馆 CIP 数字(2007)第 112614 号

服务政府制度创新研究

FUWU ZHENGFU ZHIDU CHUANGXIN YANJIU

杨建生 著

出版发行	广西民族出版社(地址:南宁市桂春路3号 邮政编码:530028)
发行电话	(0771)5523216 5523226 传 真:(0771)5523246
E-mail	CR@gxmzbook.cn
责任编辑	韦方红
封面设计	杨 威
版式设计	杨婧怡
责任校对	吴 艳
责任印刷	姜为民
印 刷	广西师范大学印刷厂
规 格	890 毫米×1 240 毫米 1/32
印 张	10.625
字 数	315.5 千字
版 次	2007 年 8 月第 1 版
印 次	2007 年 8 月第 1 次印刷
印 数	1~2000 册

ISBN 978 - 7 - 5363 - 5318 - 3/C · 288

定价:28.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社联系调换。 电话:(0771)5523216

目 录

序	(1)
导论:现代服务政府与制度创新	(1)
一、政府职能的历史考察	(1)
二、现代服务政府的基本理念	(5)
三、现代服务政府与制度创新	(8)

第一编 效能政府

第一章 政府绩效评估制度	(19)
一、美国政府绩效评估的兴起及原因	(20)
二、美国政府绩效评估制度	(22)
三、美国政府绩效评估对我国政府绩效评估的借鉴	(31)
第二章 电子政务制度	(34)
一、美国电子政务的发展盛况	(35)
二、美国电子政务法律体系	(36)
三、美国电子政务立法对我国的启示	(43)
第三章 行政计划制度	(46)
一、行政计划的基本理论	(46)
二、行政计划基本程序	(50)
三、对我国行政计划制度建立、完善的建议	(58)

第四章 行政指导制度	(62)
一、行政指导的基本涵义和特征	(62)
二、各国行政指导的兴起与发展	(65)
三、各国行政指导制度的主要内容	(68)
四、西方国家行政指导制度对完善我国行政指导制度的 启示	(75)
第五章 行政合同制度	(85)
一、行政合同的定义及作用	(85)
二、西方国家行政合同法律制度	(89)
三、外国行政合同制度对完善我国行政合同立法的 启示	(95)

第二编 民主政府

第六章 行政公开制度	(103)
一、国外行政公开制度的兴起和发展	(103)
二、国外行政公开制度的主要内容	(105)
三、我国行政公开制度的缺陷及完善我国行政公开 制度的对策	(112)
第七章 行政听证制度	(115)
一、听证的涵义和种类	(115)
二、国内外行政听证制度比较	(120)
三、我国行政听证制度的缺陷及其完善	(128)
第八章 行政民主法制化	(135)
一、行政民主及行政民主法制化的含义	(135)
二、行政民主法制化的内容	(138)

第三编 法治政府

第九章 行政程序规制与法治政府构建	(153)
一、西方国家行政程序立法的历程	(153)
二、行政程序法制化价值分析	(157)
三、我国行政程序立法与法治政府构建	(161)
第十章 行政处罚制度	(168)
一、行政处罚的内涵和特征	(168)
二、行政处罚法的主要内容	(169)
三、行政处罚法存在的缺陷及其完善	(174)
第十一章 行政许可制度	(188)
一、行政许可的概念和基本原则	(188)
二、行政许可的设定	(192)
三、行政许可的制度创新	(199)
四、《行政许可法》实施中存在的问题及原因	(205)
五、《行政许可法》实施中存在问题的对策	(211)
第十二章 行政强制制度	(213)
一、行政强制的涵义	(213)
二、行政强制制度的主要内容	(215)
三、各国和地区行政强制制度对我国行政强制立法的 启示	(224)
第十三章 行政协助制度	(229)
一、行政协助的概念及种类	(229)
二、目前我国行政协助制度存在的问题及其研究意义	(232)
三、国内外行政协助的主要内容	(238)
四、行政协助的两种特殊模式	(242)
五、完善我国行政协助制度的立法建议	(248)

第四编 责任政府

第十四章 行政问责制	(257)
一、行政问责制的含义	(257)
二、我国香港和西方国家的行政问责制	(260)
三、我国行政问责制的现状与问题	(266)
四、行政问责制的法制建构	(270)
第十五章 行政权运行的监督和制约	(280)
一、加强对行政权运行监督和制约的根本原因	(280)
二、行政权运行的基本原则	(282)
三、加强对行政权运行监督和制约的基本途径	(285)
第十六章 违法行政行为的法律责任	(293)
一、行政行为的无效、撤销和补正的含义	(293)
二、无效、撤销和补正制度的理论基础	(296)
三、国内外行政程序法中有关无效、撤销和补正制度的 规定	(299)
四、国内外无效、撤销和补正制度对我国确立相关制度的 启示	(303)
参考文献	(306)
后记	(311)

第三编

法治政府

第九章

行政程序规制与法治政府构建

程序,在一般意义上讲是指事情的先后次序按时间先后依次安排的工作步骤。在法律上,程序是相对于实体而言的,专门指按照一定的方式、步骤、时间和顺序作出法律决定的过程。而行政程序则是“行政主体实施行政行为时所应遵循的方式、步骤、时限和顺序”^①,以行政程序为基础的行政法是经济发达的自然产物,是民主政治进程发展到高级水平的标志。行政程序是范式化的行政过程,具有公共行政的标准化和模式化,从而有防止随意或者任意的作用。但是有公共行政未必有行政程序,有行政程序未必有行政程序法,有行政程序法未必有行政程序法典^②。为此,考查西方国家行政程序立法的历程,阐明行政程序的成因及其在构建法治政府中的功能,对于认识我国行政程序立法发展趋势及构建法治政府有着重要作用。

一、西方国家行政程序立法的历程

自 20 世纪以来,为适应当时宪政发展和保障人权的需要,世界

^①姜明安:《行政法语行政诉讼法》,365 页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2005。

^②章剑生,王万华:《行政程序法》,34~35 页,北京,中国政法大学出版社,2004。

各国掀起了行政程序立法的高潮,如西班牙、奥地利、美国、德国、希腊、意大利、日本、韩国等国家均制定了自己国家的《行政程序法》。20世纪的行政程序可以分为三个阶段:

(一)20世纪20年代至第二次世界大战前

西方国家第一次行政程序立法高潮发生在20世纪20年代和30年代之间。最早提出行政程序法典化建议的是奥地利。1875年,奥地利就有国会议员提出了行政程序法典化的建议。最早制订行政程序法典的是西班牙。西班牙于1889年制定并颁布了第一部行政程序法典,成为第一个尝试行政程序法典化的国家。但最具代表的是奥地利1925年通过的《行政程序法》。该法共6编80条,分为四个法律:一般行政程序法、行政处罚法、行政执行法、行政程序法实施法。因其内容完整,颁布后为世界各国所纷纷效仿,掀起了制定行政程序法的第一次高潮。如捷克于1928年公布了有关行政程序的行政命令,波兰《行政程序法》于1928年3月生效,南斯拉夫也于1930年11月9日通过了《行政程序法》。

奥地利制定《行政程序法》的最直接的目的不是规制行政权,而是提高行政效率。因为在此之前,奥地利《行政法院法》第6条规定了:“行政法院应促使行政机关,于其做成行政处分时,遵守相关行政程序的重要形式。”即法院可以对行政机关做出的行政行为是否遵守了行政程序进行审查。由于当时的行政程序规定不仅很原则,而且内容零乱,不成体系,因而行政程序是否合理、合法完全由行政法院的法官解释。行政机关为了避免行政行为事后被行政法院撤销便将行政法院作出的有关行政程序的判例加以收集、整理,予以法典化。因此,在第一次程序立法高潮中,虽然也注重保护公民在程序中的权利,如作为现代行政程序不可缺少的听证、阅览卷宗、说明行政行为理由三大制度,奥地利1925年《行政程序法》已经全部具备,但这次立法高潮的直接动力是将行政法院的判例法典化,规范行政行为,从而提高行政效率,更多的是出于行政权力行使的自

我完善,制约行政权的色彩相对淡薄。^①如《一般行政程序法》第39条第22款就规定:“行政官署为确定实施所谓调查程序之各种处分,应力求妥当、迅速、简单与节约。”

(二)第二次世界大战至20世纪90年代

本次高潮以美国和德国为代表。美国1964年制定的《联邦行政程序法》是第二次行政程序立法高潮的起点。美国《行政程序法》制订的原因与当时行政机关急剧增加(如独立管制机关——州际商业委员会出现),国家公务人员日益增多,以及罗斯福“新政”以来政府职权的扩张和集中,使行政机关集立法、行政、司法于一身有关。该法从1933年美国律师协会组成行政法特别委员会研究行政机关的司法职能到1944年联邦检察长行政研究委员会在调查20多个联邦行政机关的程序后提出研究报告,又因第二次世界大战影响,直至1946年6月才完全制定出台。整个《行政程序法》共12条,以正式听证为核心,基本全部为程序性规定,很少涉及实体问题,并在规定程序法的同时也规定了司法审查程序。这与当时美国人民普遍把行政法理解为控制政府权力的法,而不是有关公共行政的法律有关。

与美国不同的是德国《行政程序法》的制定以前,德国各州率先制定了行政法典和行政程序法典,因此其程序法的制定具有地方立法的厚实基础。第二次世界大战使德国人民对民主和自由的认识有了进一步的提高,人们认识到行政机关和公民不再是主体和客体的关系,公民有权获得直接参与对其有利害关系的行政行为的机会,协助行政机关公平地实现行政目的,这一宪法观念成为了制定行政程序法的理论基础^②。历经1963年《行政程序法(草案)》、1968年《慕尼黑示范草案》、1970年《行政程序法草案》、1973年《行政程

^①王万华:《行政程序法研究》,70~71页,北京,中国法制出版社,2000。

^②皮纯协:《行政程序法比较研究》,125页,北京,中国人民公安大学出版社,2000。

序法草案》后,德国于1976年4月18日第七届国会通过和颁布了《行政程序法》。该法8章9条。该法不但规定了回避、调查、宣誓、听证等行政程序的一般规则,同时也规定了大量的实体法内容,如行政法的一般原则、行政行为效力、行政合同等。

在这一阶段,除美国和德国外,奥地利、捷克、南斯拉夫分别于1950、1955和1957年公布了修订后新的《行政程序法》。随后匈牙利于1957年、波兰于1960年、瑞士于1968年均制定了各自的《行政程序法》。纵观该阶段制定的《行政程序法》,与第一次高潮相比,此次《行政程序法》热潮的兴起,“不仅是为了提高行政效率,更主要的是为了保护公民的权利,扩大公民的政治参与,增加行政的公开、透明。行政程序法制约行政权的意义在此得以充分展现。”^①

(三)20世纪90年代以来^②

20世纪90年代以来,掀起了制定《行政程序法》的第三次高潮。第三次高潮可以看做是第二次高潮的延续,仍以保护公民权利、提高行政公开透明为主要目的。这次高潮引人注目之处在于中心由欧洲、美洲转移至亚洲国家,其中又以日本影响最大。一是因为日本的世界经济大国的地位;二是因为日本从1964年制定第一部《行政程序法(草案)》至1993年国会通过该程序法历时30年,其历程可谓艰难;三是因为日本《行政程序法》的出台是日美贸易摩擦的产物。

在这一阶段,除了日本外,葡萄牙于1991年制定了《行政程序法》,荷兰于1994年在《基本行政法典》中规定了行政程序部分,韩国1996年也制定了《行政程序法》。此外,已经制定了《行政程序法》的国家也纷纷修改各自的《行政程序法》:奥地利于1991年,西班牙于1996年,德国分别于1992年和1997年两次对《行政程序法》进行了修改。

^①王万华:《行政程序法研究》,73页,北京,中国法制出版社,2000。

^②王万华:《行政程序法研究》,78~79页,北京,中国法制出版社,2000。

二、行政程序法制化价值分析

(一)现代行政程序兴起的原因

1. 国家权力由议会主导过渡到政府主导,行政机关的自由裁量权空前增加。在传统的宪政架构中,人民以代议的方式通过议会来行使自己手中的权力,而政府则是为了促进人民利益而成立的。为了限制政府权力的膨胀和滥用,以免对人民的权利和自由构成威胁,人民通过议会的授权立法来明确界定政府权力的范围和限度。政府权力通常只限于法律所明确规定的界限,如保卫国家的安全、维持社会秩序等,政府几乎不允许享有任何的自由裁量权。20世纪以前,政府管理的领域非常有限,政府只充当“守夜人”角色。但进入到20世纪以后,市场失灵的现象越来越突出,政府不可能再像过去那样充当“守夜人”。为了纠正市场在自由状态下的失灵现象,人们要求政府不但要维持社会治安的稳定,同时也需要政府在社会经济生活中发挥积极的调节作用,因此政府开始全方位介入到人民的社会、经济生活中,而其权力作用的领域也越来越宽泛,管理的事务也越来越复杂。在这种情况下,议会不可能再像过去那样严格地限制政府的权力范围和限度。为了使政府能够及时有效地应对各种事先立法时不可能预见的突发事件,议会必须赋予政府一定的自由裁量权。随着社会事务的日趋增多和复杂化,留给行政机关的自由裁量权的空间就日益增大。因此传统的通过议会严格授权来控制行政权扩张和滥用的方法已日显其缺陷,必须寻找一种新的方式来弥补议会对行政权控制的不足,而着力于对规范行政过程的行政程序则成为了一种可供选择的方式。

2. 司法审查的滞后性和高成本性。司法审查因其具有高度的独立性而被人民称为救济的最后一道防线。司法机关通过对行政机关行为合法性进行审查,对违法、失职和滥用行政权的行为加以否定的评价,从而促使行政机关克制手中的权力。因此司法审查在

促使行政机关依法行政,制约行政权的滥用方面发挥着其他机关、组织和个人无法替代的作用。但是司法审查对于行政相对人来说却是一种事后的救济行为,只有行政机关的违法行为发生后才可能发生司法机关对行政权的监督和制约。司法审查还是一种被动的救济方式,司法机关只有相对人向其提出了申请时才能启动审查程序。此外,各个国家基本都对司法审查的内容、范围和程度进行了限制,在此情况下一些行政行为就可能因为游离于司法审查之外而堂而皇之地侵犯相对人的权利和自由。司法资源的有限性也决定了司法审查在某些情况下又可能是一种高成本的救济方式。面对成本—利益的选择,一些相对人有可能放弃了司法救济而使行政机关滥用行政权的行为得不到及时有效的纠正。面对司法审查的滞后性和高成本性,人们开始寻找一种对行政权监督和制约由事后救济向事前和事中转的方式,以从源头上防止政府滥用职权和侵权行为的发生,避免行政权给行政相对人和国家造成损失。行政程序作为一种由行政相对人在事前、事中参与行政过程的方式,无疑成为了人们的选择。

3.“分权”制度开始“失灵”^①。传统法治中所确立的“分权制度”中,代议机关对政府的监督和制约是最重要、最基本的权力制约。但是20世纪以后,由于政党非民主性的发展,导致了由议会控制政府向政府控制议会的“异化”性转变。由于议会中多数党政府在取得执政地位以后,其行为往往才从党派利益出发,而不是从其所“代表”的人民利益出发。议会中议员即使有人想站出来反对,也因为反对党作为议会的少数党,仅靠自己力量不足以否定政府的法案、决定,撤销政府滥用权力的行为,或者罢免、弹劾滥用权力的政府官员;或是因为执政党政府对其明示或暗示的威胁而使制约成为不可能。在此情况下,传统法治所确立的“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制已不再有效地制约政府权力的滥用,必须构建新的

^①姜明安:《行政程序:对传统控权机制的超越》,载《行政法研究》,2005(4),18~19页。

机制来弥补传统机制的不足和缺陷。行政程序由代表民意的立法机关制定,通过中立的程序规则和以国家强制力为后盾的行政程序责任来保障人民对行政权监督和制约的经常性和有效性。

(二) 行政程序对规范行政行为的优势

1. 使行政权在节制与主动服务中平衡。传统的宪政理论把政府假设有一种“恶”,认为必须时刻防范着政府权力的滥用,因此从“控权理论”出发,在制度上尽可能严格地控制行政机关的自由裁量权。但随着市场失灵现象的日益突出,社会要求政府必须主动地介入到人们的社会、经济生活当中,尤其是进入到20世纪90年代,许多国家普遍提出构建服务型政府的目标以来,更是要求政府把行政相对人作为顾客,把自己当做服务提供者,以“顾客导向”的原则作为其工作的模式,及时、高效地向社会提供优质的服务。在此情况下,行政机关的自由裁量权不可避免地存在,而作为一种“真空”状态的自由裁量权,一方面行政机关可以因此更好地向“顾客”提供服务,另一方面也有可能借此而滥用权力。由于行政主体与行政相对人处于事实上的不平等地位,这种不平等集中体现在行政主体享有过多的权利,而行政相对人承担过多的义务,正是这种不平等地位决定了行政自由裁量权如不加以制约,极易造成对行政相对人权利的威胁与侵犯。在自由裁量权无法消除的状态下,通过行政程序来规范行政权的运行,使行政机关在法治的轨道内运行的同时又不阻碍其向社会提供服务,无疑是一种更好的选择。因为行政程序视行政主体为程序义务人,视行政相对人为程序权利人,即赋予行政主体以程序性义务,赋予行政相对人以程序性权利的方法,对行政主体进行反向控制。具体地说,它在程序上为行政主体设置大量义务并迫使其履行,以达到控制行政权的目的,行政主体就是在遵守这些程序性义务的过程中接受行政相对人监督的。因此,行政程序通过权利与义务的相互转化,将以不平等为特征的行政管理关系在管理与被管理的过程中,转化为行政主体与行政相对人之间权利与义

务的协调,以实现限制随意行政,保护行政相对人权利的目的。^① 行政程序将注意力集中在权力行使的方式和程序上,通过公开、公正、公平的行政程序,使政府既可以有足够的空间发挥政府在服务型政府中应发挥的作用,同时又可以有效地防止政府借其自由裁量权滥用权力的发生。

2. 扩大行政相对人的参与。公民参与国家事务的程度从某种意义上来说决定着这个国家的民主程度。正如有学者认为的那样:“民主的广度是由社会成员是否普遍参与来确定的,而民主的深度是由参与者参与时是否充分,是由参与的性质来确定的。”^②参与是一种行为,社会的成员可以通过它来影响或试图影响某种结果。在服务型政府中,参与作为民主行政的重要要素之一,它要求政府必须为公民提供有效、便捷的参与途径,使相对人能够更广泛地参与到行政立法、行政决策、行政管理和行政执法当中。行政程序通过设计一系列制度,如说明理由、听证等,让相对人有能力了解到作出行政行为的缘由,从而支持相对人对行政行为正当性的信心。这种行政程序的参与,实际上是相对人权利的参与,以其个体权利来监督行政权的运作。通过程序的参与,同时也就相当于向相对人传达了一定的行政信息,这与服务型政府所倡导的行政公开是一致的。此外,政府在公民参与过程中,了解公众的要求和期望,以便更好地改善公共政策、规划和项目,以及公共资源的分配,从而向社会提供更适合实际需要的服务,优化服务效能,这在服务政府中显得尤为重要。

3. 提高政府的效能。在服务型政府中,社会不但要求政府提供服务,而且还要求其所提供的服务应当是高效的服务。在这个瞬息万变的社会,提供服务的任何一个环节的延迟都可能造成机会的丧失甚至使事情背离原意往相反方向发展。如政府发布市场信息是

^①孙德超:《论行政程序对行政自由裁量权滥用的控制》,载《社会科学战线》,2006(3),174页。

^②[美]科恩:《论民主》,21页,北京,商务印书馆,1988。

政府为市场主体提供行政服务的方式之一,但如果政府提供信息不及时或是提供已经过时的市场信息,就有可能造成相对人因为对行政机关的信赖而做出一系列非经济的行为,甚至会给相对人造成损失。行政程序是行政机关做出行政决定所应遵循的方式步骤、时间和空间顺序的总和。从某种意义上讲,行政机关遵循行政程序就是增加了其做出行政行为的步骤,较之“无程序”状态来说是增加了行政成本和降低了行政效率,有时甚至会阻碍行政机关一定行政管理目的的实现。但是一套科学、合理的行政程序从整个行政服务的角度来看,它不仅没有降低行政效率,反而是提高了行政服务的效率。因为:第一,行政程序通过固定的规则来迫使行政机关改进内部运作机制来提高行政效率。如《行政许可法》通过对做出行政许可期限的规定,从而促使行政机关为了及时履行自己的职责而主动改进其内部的运作机制,缩减不必要的工作环节,提高行政许可的效率。第二,通过行政程序的优化选择提高行政效率。在许多情况下,行政机关做出行政行为可以有多种方式选择,行政程序经过科学的论证和比较,从中选择最经济和最合理的一种方式作为行政机关的法定程序固定下来,使行政机关在以后做出相同类型的行政行为时直接选择最科学的方式,从而节约成本,提高效率。第三,行政程序有利于减少行政纠纷发生的可能性而提高行政效率。行政程序中的告知理由、听取意见等说理机制,有利宣泄相对人对行政机关做出行政行为的不满,提高行政行为的社会可接受性,减少矛盾和冲突发生的可能性,避免因行政诉讼而造成的行政效率低下。此外,行政程序中一系列抑制行政机关恣意行为的机制有利于促使行政机关依法做出行政行为,避免因行政违法而被法院撤销而增加的行政成本。

三、我国行政程序立法与法治政府构建

在过去 20 多年的法治改革中,我国的行政程序制度得到了明显的发展,程序法治、程序原则和程序制度都在不断完善。与此同

时,行政程序方面也存在着一系列问题,这需要我们在充分认识我国行政程序制度改革的现有基础和存在问题的前提下,根据法治原则对现代行政过程的基本要求,有针对性地、系统地对我国行政程序制度进行改革。因此,对我国行政程序改革基本情况的考察,有助于把握我国行政程序制度现状以及程序改革的基本任务和方向^①。

(一)我国行政程序立法的现状

1. 行政程序立法的三个阶段^②

(1) 自然发展阶段:1949~1988年

20世纪50年代正值世界掀起第二次行政程序立法的高潮,而当时的中国行政程序立法却基本是一片空白,仅在《劳动争议解决程序的规定》、《国务院关于处理人民来信和接见人民工作的决定》有一些行政程序固定外,绝大多数行政行为缺乏法定行政程序的规范。直至1982年宪法颁布后,才有一系列的部门行政法规设立了专门的章节来规定行政程序。如1987年9月颁布的《治安处罚条例》在第4章“裁决与执行”中第一次比较完整地规定了行政处罚的程序。1987年国务院制定的《行政法规规定程序暂行条例》和《法规、规章备案规定》规定了行政立法的程序。此外在《交通管理处罚程序规定》、《工商企业登记条例》、《化妆品审批工作程序》、《城市规划条例》等法规、规章中也有涉及行政程序的规定。但是这一阶段由于缺乏行政程序法治的观念,行政程序只是作为实体法组成部分和实施手段,行政程序的工具性价值尤为明显。这一阶段的行政程序基本是行政机关的工作程序,行政程序处于行政手续的状态,相对人在行政程序中完全处于被动的地位,没有对行政权力运行形成制

^①应松年、王锡锌:《中国的行政程序立法:语境、问题与方案》,载《中国法学》,2003(6),42页

^②王万华:《行政程序法研究》,81~84页,北京,中国法制出版社,2000。杨海坤,黄学贤:《中国行政程序法典化》,40~47页,北京,法律出版社,1999。