

中国行政程序法的理论与实践

黄学贤/主编

—— 专题研究述评

中国政法大学出版社

D922.104/22

2007

中国行政程序法的理论与实践

——专题研究述评

主 编 黄学贤

撰稿人(按姓氏笔画)

丁 英 王 立 肖 琳

陈 仪 陈 颖 陈莹莹

周春华 顾建国 黄学贤

鲁 岩

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政程序法的理论与实践: 专题研究述评/黄学贤主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 11

ISBN 978-7-5620-3124-6

I. 中... II. 黄... III. 行政程序-程序法-研究-中国 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 171768 号

书 名 中国行政程序法的理论与实践: 专题研究述评
出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 787×960 16 开本 38 印张 760 千字
版 本 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3124-6/D·3084
定 价 58.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

论现代公法中的程序

(代序言)

虽然公法与私法的划分始自古罗马时代,但是法律作为国家的伴生物,是随着国家的产生而产生的。古罗马法学家查士丁尼就曾经指出,关于国家的法是公法,关于私人的法是私法。因此不管是就个人还是就不同的法系来讲,是否承认公法与私法的划分其实并不重要。只要承认国家与法的不可分割性,那么,公法与私法的划分就是不争的事实。马丁·洛克林在研究中曾指出,英国的公法思想传统之基础恰恰在于缺乏一套独特的公法制度。而“作为这一传统之基础的理念是:合法性是一个单一的、一般性的概念,政府及其官员服从于普通的法律程序,正像其他人必须受法律约束一样。因此,政府机构在我们社会的法律秩序安排中并不具有任何特殊的地位,当我们采取法律手段来解决涉及公共机构的纠纷时,同解决其他纠纷并没有什么区分”。实际上,英国并不是真的没有公法制度,如果真是这样的话,我们也就无法理解英国乃至整个英美法系国家对公权力的控制所取得的成绩了。只是由于其“宪法是本土的普通法律的产物,政府的地位及其影响由私法的一般原则加以规定”,才导致了这种貌似公私法不分的现象。^{〔1〕}虽然英美法系公法的特征就其理论基础来讲,是用私法的理论来控制政府。但是,政府与私人毕竟是存在很大区别的,所以在其现实性上来说,法律对政府的要求不可避免地有其特殊性。如自然公正理论要求公权力行为必须严格遵守正当法律程序、在处理涉及公法问题的纠纷时运用司法审查程序等。英国学者戴维·M·沃克在其编撰的《牛津法律大辞典》中认为,“一般而言,公法规定的是有关国家有组织的政治团体、政府及其部门和它们的代理机构的结构、行为、权力和豁免权、义务及责任的规则和原则。公法作为法律制度整体的一部分,主要调整国家与普通个人之间的关系,而私法则主要调整国家公民个人事务及公民个人之间的事务。”^{〔2〕}这是就一般意义上的公法而言的。事实上,公法也随着国家的发展、法制的进步而经历了古代公法、近代公法和现代公法等不同的发展阶段,并仍在不断完善之中。古代公法主要是以单向管理为特征的管理法。近代公法开始转向以控权为特征的包括宪法在内的控权法。而现代公法则在近代控权的基础上发展出更加成熟的理论和相应的制度,其成

〔1〕 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第1页。

〔2〕 〔英〕戴维·M·沃克编:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1989年版,第733页。

熟的典型标志就是现代程序理论的日益健全和与之相应的程序制度的不断完善。“为了确定一个国家的公共行政是否受法律约束的控制,就必须从整体上考虑公法制度。如果该国执行管理机构在履行其职责时遵守正常程序,……又如果存在某些措施防止这些机构滥用权力,那么这个国家就有一个有效的行政法制度。”^{〔1〕}“正常程序”在“有效的行政法制度”进而在整个公法制度中的地位和作用由此可见一斑。我们现在所讲的公法的核心或者说公法的宗旨,是将公权力纳入法治的轨道,对公权力进行严格的法律约束,以此来保障公民的私权利免遭公权力的无端侵害。其实这里的公法不言而喻指的是现代公法。以现代公法为研究对象的公法学才称得上“是一门以法律原理来拘束、指导国家公权力实施的学问”。^{〔2〕}随着市场经济的日益完善、民主政治的逐步健全,现代公法学及其相关制度在我国异军突起。

公法有广义与狭义之分。广义上的公法包括宪法、行政法、诉讼法、刑法、国际公法与社会保障法等,狭义上的公法主要指宪法和行政法。人们在通常意义上所讲的公法一般是狭义上的,即宪法和行政法。如有学者认为,“公法特别关注的是国家公权力行为在实现公共利益上的作用。公法有两个主要内容:①宪法性的法,它规定国家机关组织及其活动的原则;②行政性的法,它调整对公共事务的行政管理以及行政机关与私人之间的关系。”^{〔3〕}不管从广义上还是从狭义上来看,在作为公法之组成部分的各部门法中,程序有着特别重要的地位,发挥着特殊的功能。由于公法所涉及的内容与国家公权力机关的职权及其行使有着密切的关系,它涉及到确立国家机构设置和规制政治权力之行使的法律安排。所以公法的政治之维是任何一个私法部门都望尘莫及的。公法学涉及两个主要问题,即公民权利和公共权力之间的关系;公共权力之间的关系。很显然,这两类关系的实质是政治关系。正因为如此,长期以来人们要么是忽视政治关系的公法性质,要么是无视公法关系的政治关系实质。而这两种倾向的共同点在于否认程序在公法或者在政治关系中的重要作用。英国著名学者马丁·洛克林在其《公法与政治理论》一书中就认为:“公法并不是一个具备自身独特法律研究方法的自治和客观的领域,相反,我们最好把它看做一种相当特殊的政治话语形态。”这种观点实际上是否认公法作为独立学科存在的必要性和可能性,从而将公法沦为政治的附庸。基于这种观点,他进一步认为,“公法只是一种复杂的政治话语形态;公法领域内的争论只是政治争论的延伸。”^{〔4〕}公法与政治理论存在着十分密切的关系,“成熟的公法理论应有政治之维,否则无以全面、准确地描述、解释公法现象,进而有碍一

〔1〕 Edgar Bodenheimer: Jurisprudence - The Philosophy And Method Of The Law. Harvard University Press. pp. 287 - 288.

〔2〕 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,《自序》。

〔3〕 孙笑侠:《法律对行政的控制》,山东人民出版社1999年版,第118—119页。

〔4〕 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,中文版序言。

国公法大厦的正常建构。”^{〔1〕}但是两者之间又存在着显著的区别。其突出的表现就是公法以程序为核心,而政治理论则侧重于一般抽象的理论演绎。所以,公法如果离开程序的支撑就会变为抽象的政治理论,相反,看似抽象的政治理论一旦以程序激活,就会上升为基于相应政治理论的公法制度。公法不应当成为政治理论的附庸,而应当成为政治理论的基础;政治理论也不应当脱离公法而成为空洞的说教,而应当成为基于公法理论并能指导政治文明建设的理论武器。因此,在公法与政治的关系上,归根到底应当坚持公法对政治的指导地位,而不是相反。因为“如果公法制度不够健全,权力/权力关系就不可能理性化,权力/权利关系也不可能良性互动;如果公法制度不发达,就不会存在受约束的权力与有保障的自由,就不会存在可能预期的经济发展与社会进步。也就是说,国家与社会的现代化,是以公法制度的理性化与现代化作为前提的。”^{〔2〕}

在历史上的较长一段时期内,公法仅仅被理解为所谓的“国家法”,公法学的功能也仅限于注释和论证国家政权的合法性,为国家权力的行使提供理论依据。这种不具有规范和评判功能,而缺乏独立的学术品格与学术地位的公法学,自然就不可能引导一个国家实现真正的宪政。因为成熟的公法理论不是用来证明国家政权的合法性,相反,要为评判国家政权的合法产生、依法运行、依法监督提供一套系统的理论依据,并进而达到对公权力的规范。只有在成熟的公法理论指导之下才有成熟的以规范公权力为宗旨的公法制度。在缺乏程序理念的公法制度中,其各项制度最终只能沦为政治的工具。因为这种缺失程序的公法制度使得国家权力与公民权利之间的关系以及国家权力之间的关系只能建立在非理性的基础上。无论是国家权力的行使,还是公民基本权利的赋予与享有均没有一套严格的程序可遵循。这一点无须从遥远的历史中去引证,我国改革开放前后公法制度的对比,以及改革开放以后公法制度的变迁,也最清楚不过地证明了这一结论。

法国《人权宣言》第2条规定:“所有政治组织的目的都是为了保障个人所享有的天赋的、不可剥夺的权利。”但是这种形而上学的公共权力说并不能确保掌握公共权力的人能天然地去“保障个人所享有的天赋的、不可剥夺的权利”。于是,“现代公法制度背后所隐含的原则,可以用这样一个命题来加以概括:即那些事实上掌握着权力的人并不享有行使权力的某种主观权利;而恰恰相反,他们负有使用其手中的权力来组织公共服务,并保障和支配公共服务的进行的义务。除非他们致力于实现上述目的,否则他们的任何行为都不具有拘束力,或者具有政治上的价值。”^{〔3〕}从公共权力说到公

〔1〕 宋功德:“中国公法的崛起与政治变革”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

〔2〕 宋功德:“中国公法的崛起与政治变革”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

〔3〕 [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁/法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第445—446页。

共服务说,使得掌握公共权力的人从权力主体变为义务主体,从而使得公法理论完成了具有范式转换意义的革命。虽然狄骥反其道而行之,倡行具有实证基础的公共服务说以取代形而上学的公共权力说,但是仅仅是这种公法制度基础的转换同样不能确保掌握公共权力的人自觉使用其手中的权力来组织公共服务,履行其保障和支配公共服务的义务。而达成这一目的的根本路径就是加强程序规制,即无论是权力的获得、行使、转移,还是权利的享有、实现、及其救济均有严格的程序规范。程序是法律的生命,这个规律对公法尤其如此。传统公法制度的显著弊端之一就是无视程序的价值,从而忽视程序的制度建设。这种弊端表现在制度的运行上就是:权力的获得缺乏民主性、权力的分配缺乏科学性、权力的行使缺乏规则性、公民权利的享有缺乏程序保障、权力与权利之间的关系缺乏良性互动。而现代政治文明的重要特征之一,就是公权力的行使始终遵循正当程序之规则。“公法制度变革较政治制度变革而言,通常更加具体、更具有操作性,公法制度需要规定一个比较明确的行为模式来规范权力/权力关系与权力/权利关系;而政治制度变革通常只是一种政治宣言,比较原则,几乎不会规定确定的行为模式。”“公法制度变革直接推动着政治制度趋于规范化与程序化,政治制度变革的‘法律’味道越来越浓,变革过程变得越来越普遍。”〔1〕

政治文明的内涵是非常丰富的。有学者指出,现代政治文明的标准主要有民主、分权、有限权力和法治原则、保障人权、宪法保障、司法独立、正当程序、各种政治力量有序公平竞争、政治领导人稳定交替、国际关系中的和平共处等原则;有学者认为,政治文明应该有法制完备、主权在民、人权保障、权力制约、法律平等、宪法至上、依法行政、司法独立、程序公正、党依法执政等标志;有学者认为政治文明主要指民主和法治,高度概括地说,政治文明就是民主更加完善,法制更加完备。〔2〕 不管是几大原则,还是几大标志,抑或是归根到底概括为民主和法制,正当程序都不可或缺。尽管有学者将正当程序作为现代政治文明标准中的独立要件,而有的学者则没有将正当程序作为现代政治文明的独立标志。作为独立要件的,并不是说其他要件不需要正当程序,只不过是更加突出程序的独立价值。正当程序的价值必然体现于现代政治文明的其他要件中,其他要件必须要有正当程序的支撑。这也是正当程序要件与其他要件的重要区别所在。在有的学者所提出的现代政治文明的十大标志中,虽然没有明确将正当程序作为一项独立的标志,但是仔细研究其各项标志,也不难看出其各项标志均不能脱离正当程序而运行。“政治文明是人类政治共同体形成的,符合社会发展规律的,有利于人类生存、发展进步的相互关系及公权力产生、取得、转移、分配、行使和作用的机制。……公权力不仅是国家权力,而是指共同体接受其成员的权利而形成的对内对外作了

〔1〕 宋功德:“中国公法的崛起与政治变革”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

〔2〕 蒋安杰:“推动公法学走向繁荣”,载《法制日报》2003年1月2日。

代表其共同意志和利益的行为能力或力量。”〔1〕“公权力产生、取得、转移、分配、行使和作用的机制”,就包含有两种关系,即公权力与公民之间的关系和公权力之间的关系。其中,公权力的产生、取得涉及公权力与公民之间的关系,而公权力的转移、分配、行使和作用涉及公权力之间的关系。在这两种关系中,如果没有正当程序,则无法形成现代公法理论支配之下的公权力与公民之间的关系,也无法形成现代公法理论支配之下的公权力之间的关系。此外,公权力作为一种“能力或力量”,无论是其能力的展示还是其力量的释放,均不能离开正当的程序。否则,任何一种公权力都会如同脱缰之野马而桀骜不驯,这已经为中外历史一再证明。

公法与政治文明之间的关系,从宏观的角度讲是理论与实践之间的关系。如同任何理论与实践之间的关系一样,公法理论的成熟程度决定着政治文明的发展水平,而政治文明的发展又反过来推动公法理论的繁荣。具体来讲,公法是现代政治文明的重要构成要素,且成为衡量政治文明的重要指标;公法是现代政治文明的保障。现代政治文明是决定公法“良法”性质和发展“善”益(积极作用)的前提条件;现代政治文明是推动公法不断发展、完善的动力。〔2〕公法制度与政治文明的关系从宏观角度讲,“政治制度变革与公法制度变革之间的关系日益趋于辩证统一,共同推动着民主政治的制度化、规范化与程序化”。〔3〕应当认为公法制度的变革引导着政治制度的变革。从程序角度讲,公法制度中的程序观念和程序设计对政治文明中的程序制度建设具有直接的指导意义。而作为现代公法学理论最集中之实践表现形态的现代政治文明,其程序制度的完善与否在很大程度上反映着公法理论的成熟程度。从某种意义上讲,使公法理论从纯粹的政治理论中分离出来,脱离泛政治化形态的重要条件之一就是,赋予公法理论以现实的可操作化的程序。程序使公法理论具有实践操作功能,即使国家权力、公民权利之间的关系从抽象的表述到具体的运作。

如果说政治就是国家权力运作本身的话,那么,公法就是对权力运作的规制,也就是说,作为法律而存在的公法是对政治的规范。所以,从某种意义上来说公法源于政治,然而程序则使公法超越政治。公法沦为政治合法性工具的原因固然是多方面的,但是程序的缺乏无疑是根本原因之一。同样的道理,程序也是使公法脱离道德,从而使公法具有实践性、独立性的重要保证。因此,可以说程序是公法的生命。当然,我们说程序是公法的生命,并不是说私法不要程序。程序是任何法律的生命。但是,相对于私法来讲,公法的程序更加重要。这是由公法的终极目标和公法的实现方式所决定的。而且公法的程序理念及其程序规则的制度化,有助于私法自治的充分和有效地实现。

〔1〕 蒋安杰:“推动公法学走向繁荣”,载《法制日报》2003年1月2日。

〔2〕 同上。

〔3〕 宋功德:“中国公法的崛起与政治变革”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

美国法学家罗伯特·萨默斯将法律程序所具有的形成好结果的能力称为“好结果效能”，而将法律程序本身的独立价值和其所具有的实现程序价值的能力称为“程序价值”、“程序价值效能”。^{〔1〕}我国也有学者认为，一般地讲，判断法律程序是否有价值，可以依据两项独立的判断标准：一是看它对实现某一外在目的是否有用和必要，即法律程序作为实现某一外在目的的手段或者工具是否有用或者有效。这就是程序的外在价值或者工具价值；另一个是看程序本身是否具有内在“善”的品质，这种“善”的品质即自由、公正和效益，即法律程序本身具有独立于程序结果的目的性。这就是程序的内在价值或者目的性价值。^{〔2〕}这两个标准中，程序本身的“善”，即程序的内在标准更加具有根本性。只有具有“善”之本质的程序，才能成为实现某一外在目的的真正有效的手段。或者说只有真正具有“程序价值效能”的程序才能成为有“好结果效能”的程序。而这种具有内在“善”的程序，或者说具有“程序价值效能”的程序，就是所谓的正当法律程序。我们这里所强调的公法中的程序当然是基于正当程序基础之上的现代程序。因为程序并不都是正当的。但是，何为正当程序则是一个值得研究的问题。“判断程序保障到什么程度才算正当，已成为正当法律程序最重要的问题，而判断标准的建立，也成了对法院的重大挑战。”^{〔3〕}虽然学者们曾经构建了判定程序是否正当的不同模式，^{〔4〕}但是由于程序的多样性、变动性等特征，至今各国对程序正当的最低限度仍然没有取得完全一致的看法。就公法程序中最为经常的行政程序而言，我国学者孙笑侠教授认为，程序的正当性标准至少包括以下四个方面：①相对人的程序性权利是否在行政程序中受到承认和保护。这是行政程序正当与否的前提标准。②行政主体的权力与行为是否受到行政程序控制。这是行政程序正当与否的核心。③行政效率的考虑是否建立在合理基础上。这是行政程序正当与否的关键。④能否确保行政主体从相对人实体权利角度来考虑问题。这是行政程序正当与否的最终标准。^{〔5〕}日本著名的行政法学教授盐野宏认为，告知和听证、文书阅览、理由附记、处分基准的设定和公布是正当行政程序的四项原则。^{〔6〕}英国国会委员会认为，行政程序中的自然正义应当包括当事人应受告知、当事人应有表示意见的机会、决策者应该公正、决定应当附

〔1〕 陈瑞华：“通过法律实现程序正义”，载《北大法律评论》第一卷第一辑，法律出版社1998年版，第183—184页。

〔2〕 谢维雁：“程序与宪政”，载人大复印资料《宪法学、行政法学》2000年第5期。

〔3〕 叶俊荣：“美国最高法院与正当法律程序：双阶结果与利益衡量理论的演变与检讨”，载焦兴恺主编：《美国最高法院重要判例之研究：1990—1992》，台湾“中央研究院”欧美研究所1995年版，第26—27页。

〔4〕 这些模式主要有绝对工具主义模式、相对工具主义模式、经济效益主义模式和程序本位主义模式等四种。参见陈瑞华：“程序价值理论的四个模式”，载《中外法学》1996年第2期。

〔5〕 孙笑侠：《法律对行政的控制》，山东人民出版社2001年版，第229—232页。

〔6〕 〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第191—193页。

记理由、决定书应该附记救济途径等。我国台湾地区学者认为,正当行政程序就其内涵来讲应当包括公正作为义务、受告知权、听证权和说明理由义务等内容。我国有学者认为,正当行政程序的最低限度应当有公正是否作为义务、当事人是否受告知、是否给予当事人以表达意见的机会、是否履行了说明理由义务这四项。美国学者福斯则进一步认为,正当程序包括足够时间的告知权、咨询权、调查证据权、查找反证权、当面交叉质证权、公平审判和公平合理审判地点权。^[1]学者们的上述探讨虽然是针对行政程序的,但对我们充分认识和把握现代公法中程序的核心具有重要的意义。现代公法中的正当程序可以从多种角度去分析和研究。从构成要件上来看,现代公法中正当程序的内在价值主要体现在自由、公正、理性和效益等方面。这里的自由主要表现为操作程序的机构及其人员充分享有法律规定的自由,不受任何外在力量的干预。这里的公正主要表现为程序独立、程序中立、程序公开。这里的理性也即程序的合理性,主要表现为程序本身的内容和结构要科学以及程序的运作也要符合理性要求。这里的程序效益就是经济效益,主要包括程序的设立应当保证程序进行得迅速有效、程序应当尽量简化、应当保证人力、物力和时间资源的合理配置。^[2]从总体上来讲,现代公法中的程序与传统程序之间存在巨大的差异。

1. 传统程序重视内部吏治而忽视外部民权保护。传统程序主要是表现在吏治方面,即内部管理。其目的是通过严格的选拔、任用、考核、奖惩、监察等程序,保证各级官吏严格遵循统治者的意志,以维护专制统治。所以控制模式是传统程序的共同选择。而现代公法程序是在近代民主政治的基础上产生,并随着现代民主政治的发展而日益完善的,它不再是充当维护统治权的附庸。它的功能不是通过严格的自上而下的控制来维护公权的行使,而是通过对公权的制约,对民权的保护,来达到公正与效率、私人利益与公共利益的平衡、统一。所以现代公法中的程序特别倚重行政权行使过程中的外部程序,如公开程序、听证程序、法律救济程序等。

2. 传统程序基本上是自上而下的单向性,官僚听命于帝王,百姓匍伏于官吏,唯上是从,因此程序基本上由上而下规定,以实现统治。这与现代公法中程序的双向性,强调相对人的程序权则有天壤之别。

3. 传统程序因随意性大而缺乏应有的权威。传统程序主要是基于最高统治者的意志而规定的,往往随意性很大,下级官员违反了程序有时可能会由于上司震怒而遭受到严厉的惩罚,至于是否影响公权的效力就由上司来定夺了。正是在这一意义上,我们说传统公权力重实体轻程序。即使有程序,也会因此而失去应有的权威。现代公法程序以法律的形式将程序予以严格的规定,法定程序不容许违反,遵守程序是公权力行为合法有效的要件之一,违反程序的行为,即使实体正确,也会导致该行为的无

[1] 以上诸种观点参见高秦伟:“正当行政程序的判断模式”,载《法商研究》2004年第4期。

[2] 谢维雁:“程序与宪政”,载人大复印资料《宪法学、行政法学》2000年第5期。

效。只有这样的程序才会具有较高的权威。

4. 传统程序往往设置大量的程序壁垒,以限制当事人的运动空间。由于古代没有公民及其权利的观念,因此传统程序设置的目的是不可能去保护当事人的权益,而仅仅在于竭力维护统治权。所以表面看来对当事人有时也赋予了一点机会,但这种机会又通过大量的程序壁垒予以阻碍,使当事人的利益遭到宰割。公民权利观念是现代法所确认的,因此,现代公法程序不仅赋予当事人程序上的权利,而且尽可能以较少的消耗、简洁的程序环节使当事人实现其实体上的权利。

5. 传统程序缺乏必要的法律救济机制。传统程序的宗旨、特征,使其忽视甚至根本不考虑救济机制,当事人的利益无法实现,或者利益受到蹂躏时根本得不到必要的救济。现代公法程序将救济作为其重要内容和必要环节,救济程序成为其整个程序的重要组成部分。当事人的合法权益因有效的救济机制而得到切实的保障。

总之,从本质上讲,传统公法程序是作为统治者维护政权的统治工具而存在、而发展的,它不具有任何对抗公权的独立性,即不可能具有制约公权以保护民众权利之功能。认识到这一点,对于我们充分认识正当程序在公法建设中所具有的不可替代的地位和作用有着重要意义。成熟的公法理论当然首先表现在它具有一套以个人尊严得到充分尊重、个人权利的实现得到充分保障,国家公权必须受到严格控制为理论基础的成熟的理论体系,但是仅此而已还远远不够。当这套理论付诸实践的时候,如果没有一套规范的程序,则无异于空谈。唯有程序才能为实现公法价值提供有效的途径和方法。所以成熟的公法理论当然地包括程序理论,成熟的公法机制当然包括规范的程序机制。所谓公法程序的功能简单地讲,就是公法制度通过其确认的基本原则、基本制度以及步骤、方式、顺序、时效等程序要素所发挥的作用。现代公法中程序的功能是多方面的。从形式上来讲,程序保证了公权力行为的形式合理性和正义性;从内容上来讲,程序使公权力的配置科学化、民主化。就公法程序中的行政程序的意义,日本学者认为,行政程序有助于使行政机关活动过程合法化,确保行政行为在实体方面的合法性;由于程序使行政机关活动过程明朗化,因而可以取得相对人及国民的广泛信任;当相对人不服行政行为时,又为相对人权利提供起诉的方便;为行政机关减少应付无用争讼;为法院减少被无用诉讼纠缠的必要性,使广泛且更有效率的司法审查成为可能;由于现代行政程序通过听证等制度保证公民的参与,所以它又具有确保决策决定的民主性的功能。^{〔1〕}行政程序法的理论研究及实践的发展越发表明,相对于行政实体法来说,行政程序法已不仅仅是形式和手段。行政程序法在体现和实现行政实体法的内在精神、具体规则的过程中,始终以独立的身份与地位出现,并发挥着独立的作用。王名扬教授对此曾作过精辟的论述,他认为,“行政机关掌握巨大权力,权力的行使必须公平而且有效率。达到公平和效率的目的,在很大程度上取决于行政机关所使用的

〔1〕〔日〕室井力主编:《日本现代行政法》,吴薇译,中国政法大学出版社1993年版,第177—178页。

程序。从抽象的观点来说,实体法是基础,处于首要地位,程序法是执行,处于次要地位。然而从实际观点来说,程序法的重要性超过实体法,法律的生命在于执行。一个健全的法律,如果使用武断的专横的程序法执行,不能发生良好的效果,如果用一个健全的程序去执行,可以限制或削弱不良效果。”^{〔1〕}这段分析是实事求是的,既十分中肯又充满辩证法。

中外法学家们基于现代行政程序本身所具有的功能对行政程序的高度评价,完全适用于整个公法程序。长期以来,公法一直缺乏自治性,其原因之一在于,公法缺乏应有的程序,使得公法理论的实现必须借助于外部力量,即使其中很有价值的理论也不能幸免。没有程序,公法就失去了自治的根据,甚至不可避免地沦为解释政治合法性的工具。公法能够而且应当表达出自己独特的法律科学基础。公法的独特性来自于它的特殊的研究对象。公法所调整的法律关系具有根本的政治性。但是不能以传统政治理论的方法来探讨公法领域的基本问题,因为这只能导致公法丧失其应有的独立性。忽视公法应有的基本要素,如权利、义务、程序、责任等。程序越是完善,公法的自治功能就越强。“公正的程序本身就意味着它具有一套能够保证法律准确适用的措施和手段,并且由此能够形成保障法律准确适用的常规机制。”^{〔2〕}具体来讲,程序在公法中的功能表现在以下几个方面:

(一)规范、制约、监督、促进公权力的合理行使

公法程序的功能首先在于规范、制约、监督公权力行为,使公权力真正置于程序规则的约束之下,并促使其合理行使,公法程序在这方面的作用具体又表现在:

1. 规范和制约公权力行为,监督公权力主体公平实施公权力。公权力机关作为国家事务和社会事务的具体管理者,其管理活动并非一切都是天然合理的。公权力在历史传统上具有与社会的“分离性”,使其在设立后成为一种与社会公众分离的公共权力,特别是专制社会中,它是高踞于社会之上、睥睨社会、统治社会的“庞然大物”。即使在民主制度下,这种“分离性”仍然存在,如果缺乏必要的程序规范和约束,公权力的滥用,损害相对人利益的情形仍是难以完全避免的。因此,必须使公权力的活动、运作沿着一个相对确定的轨道进行,以防止其恣意。而这一相对确定的重要轨道即程序。

由于程序规定了公权力行为的步骤、形式、以及在法定期限内按一定顺序进行的全过程,因此它制约着公权力主体的主要活动,使其在作出有关行为时有章可循,并将自己的行为始终置于公开、公正的法定标准上。同时,程序制度还在公权力主体的职权中附加义务,因为立足于为公权力主体设定义务是现代公法程序制度的特点之一。这样,程序能以法治权,将公权力行为置于法律规范的约束之下,从而从制度上克服了公权力行为的任意、武断、专横以及职权的混乱。

〔1〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第41页。

〔2〕 李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第897页。

所谓公法程序的监督功能,就是指公法程序制度在程序上对公权力起监督作用,防止公权力主体失职、越权和滥用职权,从而保证其公平实施公共职权。具体来说:

(1)有利于公权力活动的公开化。程序制度将整个公权力活动程序以法律方式固定下来,且这种法律规范又是公诸社会的。因而,程序制度所规定的程序实际上就是公权力活动的表现形式。这样,就减少或排除了公权力活动的神秘色彩,使之公开化。

(2)有利于监督公权力主体公平实施公共职权。公平作为现代法律所奉行的一种价值,它必须也只能在法律实施过程中具体而充分地体现出来。从某种角度上讲,职权的运作过程就是法律的实施过程,它要求公权力行为严格依法进行,并且要给予相对人同等充分的机会来了解情况、陈述理由和要求,还要明确告示相对人有关活动程序及程序终结后的法律后果。同时,公权力主体不得基于任何不正当的动机来随意解释有关程序概念,从而达到偏袒一方相对人或本人利益的目的。公权力主体若违反了这些规定,相对人便可依据有关程序法之规定要求有关主体承担相应的法律后果。因此,为了监督公权力主体公开行使职权,各国公法程序制度都将信息公开、听证、教示、回避、说明理由等法律制度列为公法程序不可或缺的重要内容,从而为相对人提供监督公权力行为的法律依据。

(3)有利于公权力主体纠正自身错误,弥补相对人的损失。公权力行为是一个十分复杂的过程,由于其涉及的对象十分繁杂,且面广量大,难保万无一失。所以现代国家一般都在公权力程序中设置检查发现其行为“瑕疵”的条款和补充、矫正其行为的条款,以及对相对人进行救济的程序规定,从而使错误的行为得到纠正和排除,而且相对人的合法权益因行政行为的错误受到损失时,还可以求助于外部救济手段,依法得到合理的救济。

2. 促进公权力机关有条不紊,顺畅快速地完成相关行为。公权力机关作为社会公共权力的行使者,为保证其高效而灵活地达到行使权力的积极后果,需要系统内部的结构合理、功能齐全、协调通畅,这一切均离不开公权力主体自身的能动性。而程序制度实际上是公权力机关在正常的状态下积极能动地运行的整个“生理过程”。程序制度将公权力行为分为若干过程,并设置若干环节,每一环节都有其“工作标准”、有期限要求,使相关主体的每个行为环节都有法可依。反之,相关主体如果在一定期限内不按一定的方式和步骤履行其应尽的职责,则要承担相应的法律责任。如在行政管理程序中,行政机关有义务接受相对人合法的请求、申诉等,并在一定期限内作出相应决定,如果行政机关不承担该义务,相对人就可以依法对行政机关提起申诉或诉讼,行政机关则要因此而承担一定的法律后果。程序制度的这种效果对公权力主体便可产生一种积极而有力的鞭策作用,促使公权力主体能动地把公权力行为由一个环节推向下一个环节,并鞭策公权力主体在其每一个行为环节上都严格地依法司职。这样,公权力行为就能既有条不紊,又顺畅快速地得以完成。

(二)保障公法关系中相对人的合法权益,规范相对人的参与程序,促进公权力行为的民主化

如果人们往往把注意力仅限于公法程序制度对公权力行为所发挥的功能上,而忽视程序制度对相对人一方应有功能的发挥,实际上是将公法程序制度的调整对象仅限于公权力行使程序这方面,并且只是简单地归结为对公权力的控制,其结果只能是降低了程序制度的意义。现代公法程序制度的全部意义还应该内在地包含有对公法行为对相对人一方以下功能的发挥:

1. 保障相对人的合法权益。现代程序制度的目的之一就是要保障相对人的合法权益。也只有现代程序制度方能通过对相对人程序权利的落实达到其实体权利的落实。在现代法学看来,程序权利和实体权利是紧紧联系在一起的,程序权利是实现实体权利的前提和基础,没有程序规范,实体权利也无从实现,而且程序权利本身也有其独立的意义。正是从这一意义上,现代公法较多地关注程序制度建设。这也表明了现代公法学理论的发展,在实现实体权利和程序权利平衡方面越来越多地作出贡献。

2. 规范相对人的行为,并为相对人正确行使权利提供具体化、可操作化的行为准则。广义的公法活动不仅仅是公法主体为实现公法目的而进行的单方活动,它必须有相对人的参与、配合。因此,公法中的程序不仅要规范公权力主体的行为,同时也要规范相对人的行为,使之与公法主体的活动统一、协调。唯此方能保证公权力的有效行使,公权力职能的顺利实现。

程序制度还将实体法中所规定的相对人的一般权利具体化、可操作化,从而为相对人合法地获取权利利益提供明确、具体、实际可操作的行为导向。在一般情况下,相对人只要依照程序制度所设定的步骤、方式,并在合理的时间内完成自己的行为,那么其行为就会被法律所认可,并给予便利,直至提供支持和保护。如申请获得尽快批准,纠纷得到公正裁决、处理,损失损害得到合理补偿或赔偿。同时,还能为相对人在公权力行为过程中争取主动、避错远罚、不遭无故干扰,以至为抗争公权力可能作出的恃强凌弱行为提供法律武器。所以,从形式上看,公法中的程序制度也规定了相对人的程序义务,但本质上是对相对人自由的保障。

3. 扩大公民行使参政权的途径,促进公共事务管理的民主化。随着宪政思想的日益深入人心,以及民主潮流的日益发展,公民作为国家权力的主体,无论在形式上还是在实质上都要求更多地参与国家各项管理活动,以充分行使其管理国家的权力。因此,公民参政愿望越来越强烈,尤其是对那些直接涉及本人合法权益的行政过程,表现出强烈的参与欲望。这样,原有的参政途径和程序已无法满足日益增强的权利主体意识的需要,而公权力程序的法律化不仅实现了公民对公权力行为合法性进行有效监督的权利,而且还规定了公民参政、议政的具体途径,规定了相对人和利害关系人在公权力活动中能充分表达自己的意见,并确保自己的意见能得到充分的重视。如立法程序中的听证制度,保证了公民直接参与立法,行使管理国家事务的权利。又如行政制裁

的作出,必须事先听取相对人的意见或辩解。再如,诉讼活动中充分保障当事人平等的辩论权等。这些制度的规定和设置扩大了公民对公权力活动的参与机制,并使公权力活动中的法律、法规适用与事实能尽可能符合,以保证公权力行为的公正性。

(三) 通过权力与权利之间的沟通、协调、平衡,促进行政效率的提高

公权力作为公共意志的代表,具有强制性与支配性,因此在公共事务管理关系中,公权力主体与相对人的差异是客观存在的,两者之间的不平等具有绝对性。在自然经济时代,乃至计划经济体制下,法律的效用之一在于为公共权力吞噬个人权利提供“合法”依据,从而加剧了公共权力与个人权利之间的不平衡,其结果必然是既损害了公权力活动效率的提高,又阻碍了社会生产力的发展。而现代公法程序制度作为连接公权力主体与相对人的中介,则通过权力与权利之间的沟通、协调、平衡,既保障公共权力的合法行使,又保障相对人的合法权益,从而促进了公权力效率的提高,促进了经济和社会的全面进步。

1. 沟通、协调公权力主体与相对人之间的关系。程序制度把权力主体一方和相对人一方活动的步骤、方式、时效等程序性规定置于统一的规范中,就在客观上把上级和下级、此环节和彼环节、管理者和被管理者联结起来了,因而也就在事实上起到了沟通作用。

沟通是协调的前提,协调是沟通的目的。程序制度的基本目的是使公权力活动有序化,而要达到有序化这一要求,就必须协调公权力活动中双方的矛盾。但是这种协调不是以一方的行政命令和另一方的被迫同意为前提的,它应是建立在沟通基础之上的法律上的协调。这种协调要求在法律的范围内平等地、公正地处理各种矛盾。而公法中的程序制度正是以其内容的特殊性满足了这一要求。

2. 通过权利与义务的相互转化,使公权力主体与相对人之间的关系在管理与被管理的过程中取得平衡。公法中程序制度的这一功能在行政法中表现得最为典型。如果说行政诉讼是对行政主体与行政相对人之间已经被打破的均衡关系得以恢复的话,那么,行政程序法则通过权利与义务的相互转化,使行政主体与行政相对人之间的关系在管理与被管理的过程中取得平衡。对此,英国著名行政法学家 H. 韦德曾说过:“行政法对于国家权力与公民权利的平衡作出更多贡献。”^{〔1〕}行政法的这种贡献来自于通过行政法的调整,将以不平等为特征的行政管理关系转化为当事人双方权利与义务的均衡。行政法的这种平衡作用首推行政程序法。所以行政程序法的完备与否被认为是衡量现代行政法是否完善的一个重要标志。这一理论同样适用于整个公法制度。

在依实体法所确立的公法法律关系中,相对人虽然也被认为是法律关系的主体,但是,由于管理过程中管理主体与相对人之间权势实力的显著差异,事实上很难像诸

〔1〕〔英〕H. 韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第6页。

如民事合同法律关系那样,主体双方处于完全平等的地位。而公法程序制度则将实体法中的权力主体——管理主体转化为程序方面的义务主体,将实体法中的义务主体——相对人转化为程序方面的权利主体。在公法程序法律关系中相对人从实体义务的承担者转化为程序权利的享有者,以此来维护他们的实体权利免受不法行为的侵犯,缩小他们与管理主体法律地位不对等造成的巨大反差,从而使他们从单纯的公法行为的对象,变成可以通过程序制约公权力行为的主体,从纯粹的被动者变成一定条件下的主动者。公权力主体由实体权力的享有者,转化为程序义务的承担者,公权力主体通过承担程序上的义务来实现其对相对人合法权益的保护。公权力主体与相对人在程序上的这种权利(力)义务的相互对应关系,使其双方角色在特定条件下换位,使双方在实体法律关系中反映出来的不平等地位,以及权利和义务分配方面的不对等得以恢复均衡。

3. 通过对行政主体和行政相对人行为的统一规范,促进行政效率的提高。现代行政程序法以民主和公正为宗旨,同时充分体现效率精神。在行政管理中,导致行政高耗低效的原因固然是多方面的,但行政行为的非程序化及相对人行为的非程序化是引起或加剧高耗低效的经常性原因。如行政机关的重复审批、反复研究、循环盖章会造成事倍功半,行政相对人的无故拖延、无理取闹会造成劳而无功。行政程序法由于其按照简略、迅速、经济的效率精神,为行政活动及行政相对人的活动设置步骤、排定程序、展开过程与选择方式,并使其规范化、标准化、统一化,且这种规范、标准、统一具有法律效力。因此,它不仅使同一种行政行为在不同的行政机关和不同场合都按相同的法定程序进行,不因时空的变化而任意改变程序,而且使不同的行政相对人都按固定的程序配合行政机关的活动。

现代公法中程序建设取得重大成就的当首推行政法,在行政法中程序得到重视的主要表现就是,各国(地区)纷纷制定统一的行政程序法典。自19世纪末20世纪初出现第一次行政程序立法高潮以来,据不完全统计,目前已经有70多个国家和地区制定了统一的行政程序法典。就连以判例见长的英美法系的英国虽然没有统一的行政程序法典,但也有一些单行的行政程序法律规范,如1946年的《行政法规法》、1958年的《行政裁判所与调查法》,对部分行政程序加以规定。美国在1946年就制定了《联邦行政程序法》。我国统一的行政程序法也已经呼之欲出,已经出台的《行政处罚法》、《行政许可法》已经较为充分地凸现了现代行政程序的价值。

现代公法中的程序理论和制度在诉讼制度中更是有了长足的发展。不仅如此,随着违宪审查、宪法监督的日益加强,程序在宪法中的地位也越来越显现。例如有学者认为,由于程序性条款的缺失,即使被认为是我国最好的宪法——1982年宪法也存在许多先天不足。因此,在我国宪法中应当增设保障公民权、体现程序正义的弹性条款,增加有关政党参与国家权力的程序,为了加强宪法监督,将宪法监督及其程序单列一

章予以明确规定,并明确规定违宪审查的主体、对象及其基本程序。^{〔1〕}有学者认为,为了强化宪法的实施效果,宪法应当加强宪法修改程序、选举程序、人事任免程序、立法程序、会议程序、监督程序、权利保障程序以及违宪审查程序等。^{〔2〕}有学者更是进一步指出,宪政的基本原则主要是通过一定的程序来实现的,宪政取决于一定形式的正当过程,而正当过程又是通过相应的程序来体现的。^{〔3〕}虽然上述学者的观点不尽一致,有的从宪法角度出发,有的从宪政角度出发,但这无疑是我国程序理论研究在公法领域获得长足进步的重要标志。这一进步不仅有利于我国文本意义上宪法的完善,而且必将极大地推动我国政治民主化进程。

〔1〕 吕尚敏:“论宪法规定中的程序性条款”,载《天津社会科学》1997年第1期。

〔2〕 费善诚:“论宪法程序”,载胡建森主编:《宪法十论》,法律出版社1999年版,第108—132页。

〔3〕 吴德星:“论宪政的实质内容与形式意义”,载《天津社会科学》1997年第1期。