

THE STUDY ON THE LEGAL ISSUES OF PUBLIC PARTICIPATION FROM
THE VIEW OF ADMINISTRATIVE LAW

公众参与法律问题的 行政法研究

林 华◎著



中国政法大学出版社

THE STUDY ON THE LEGAL ISSUES OF PUBLIC PARTICIPATION FROM
THE VIEW OF ADMINISTRATIVE LAW

公众参与法律问题的 行政法研究

林 华◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

公众参与法律问题的行政法研究/林华著. —北京：中国政法大学出版社，
2016. 2

ISBN 978-7-5620-6666-8

I. ①公… II. ①林… III. ①行政法—研究—中国IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 032332 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 8.625
- 字 数 200 千字
- 版 次 2016 年 2 月第 1 版
- 印 次 2016 年 2 月第 1 次印刷
- 定 价 28.00 元

前言

PREFACE

人民主权原则是现代国家所普遍奉行的基本理念，也是现代各国宪法所确立的基本原则。在那些政治思想家看来，民主是国家建构的基石，也是权力运行的来源，民主不仅是一种国家制度，也是一种生活方式。然而，正如残酷历史所揭示的那样，传统的以代议制选举民主为主要载体和表现形式的民主制度并没有给人民幸福和社会稳定提供终极保障，通过民主选举产生的也可能是信奉法西斯主义的希特勒、墨索里尼或者是玩弄民主制度于手掌之间的萨达姆、卡扎菲，于是权力的滥用与腐败、集权主义的暴政依然如梦魇和幽灵般环绕在人类身旁，如影随形。从深层次来看，代议制民主依托于民主的委托代理理论，它预设着作为代理人的各级官员能够为了被代理人的利益和幸福以及整个社会公共利益而依法公正地行使权力。但是，以“理性人”为基础的公共选择理论业已通过对一系列权力腐败的理论解释和实践揭示击碎了民主的委托代理理论的美好愿望，也在诉说着传统代议制民主的不足与弊端。

需要指出的是，权力腐败或者集权主义的产生并非说明传统的代议制民主已然破产或者需要被淘汰。在国家治理的现代语境下，代议制民主依然是民主制度的主体构成和经典模式，

是回应国家权力来源问题的最佳答案，是权力行使的正当性基础，也是对抗权力腐败和集权主义的有力手段。当然，代议制民主并非能够孤立、单一地发挥有效功用，而是需要诸如司法独立、新闻自由、言论自由等其他制度的配合与补足。而且除了这些民主以外的制度，代议制民主也需要其他形式民主制度的支撑和扶持。如果说代议制民主是从权力行使来源的角度去建构民主制度的话，那么参与式民主就是从权力行使程序的视角去发展民主制度，进而拓展民主的内涵、理念与实践运作。代议制民主给予人民能够真切感受其主权者地位的仅仅是某个或某些选举时刻，但这些时刻过去以后，这些主权者中的绝大多数就将在权力运行中处于相对“缺席”和失语的状态；而参与式民主则能够提供各种各样的渠道和途径让人民参与立法、行政和司法等国家权力行使的各个方面，让人民能够时时刻刻感受到主权者地位的存在，于是，人民作为国家的主权者在权力行使的过程中就一直在场，未曾缺席。

参与式民主或者公众参与在起初仅仅是一种政治学层面的理论学说或理念，随着公众参与由理论学说进入国家的制度文本，它也就成为参与式民主制度，与代议制民主一同构成了国家民主制度的两翼。公众参与是对代议制民主的有益补充，公众既可以通过正规渠道（比如听证会、通知—评论程序、座谈会、人民陪审员等形式）参与立法、行政、司法权力的运行，也可以通过非正式渠道（比如信访、请愿等形式）参与到政治权力的运作。公众参与也是国家权力正当化的重要基础，对于保障公民合法权益、监督国家权力依法运行、提高国家权力运行质量、强化民众民主意识等具有重要意义。虽然民众参与司法的历史最为久远，陪审团制度在西方国家也有着深厚的制度土壤，但是真正将公众参与作为一个法学理论问题进行提炼并

专门探讨，却是在 20 世纪下半叶公众参与行政权力运行的不断普及才真正开始。对于行政权力而言，行政权力的运行范围更广、与民众联系更为密切、权力行使更具有日常性和不间断性，特别是非由民选产生的行政权力一直面临着权力运行正当性的质疑，于是通过公众参与为行政权力提供正当性支撑就成为公众参与理论的首要关切，行政权力中的公众参与也就成为公众参与法律问题的核心和关键。因此，本书也主要以行政法为观察视角，对公众参与的相关法律问题初步梳理和分析。

公众参与既是现代民主的理念革新，也是行政法治的具体实践。公众参与并非简单的参与实践或聚集活动，而是蕴含着复杂的法律问题。参与代表如何产生，公众参与有哪些形式，公众应该在什么时机参与，公众参与对行政机关有着怎样的约束力，公众参与又需要哪些制度加以配套，在互联网时代公众参与和政府信息公开、突发事件应对存在着什么样的法律关系，公众参与在宏观的政治架构中又是如何运作，这些法律问题都需要从理论层面和法律制度层面加以应对和回应。公众参与在微观的行政管制中有着自己的运作逻辑，在宏观的政治治理中也呈现出独特的制度价值；在互联网时代和全球化背景下，我国的公众参与法律制度建构既要面对无法忽视的互联网时代背景，也需要认真对待域外的制度经验。因此，本书将围绕行政管制中的公众参与、政治治理中的公众参与、公众参与的互联网背景、公众参与的域外视角等内容，以行政法学为主要学科视角，对公众参与法律问题进行探讨与解读。这些内容之间在表面看来可能并非有着非常紧密的逻辑联系和制度衔接，但这也恰好凸显了本书的问题导向，即着眼于具体问题，通过对公众参与理论与实践中所面临的一些重要问题的探索和域外相关制度经验的介绍，尝试就进一步完善我国公众参与法律制度提

出相应建议。本书的第一编和第二编着眼于活动领域，对微观行政管制中的公众参与和宏观政治治理中的公众参与进行阐述；第三编和第四编则着眼于观察视角，以互联网和域外作为外部的观察视角，对互联网时代下的公众参与法律问题和域外公众参与制度经验进行介绍。其中第四编由几篇译文所组成，分别介绍西班牙、葡萄牙、巴西和美国的公众参与法律制度。

目 录

CONTENTS

■ 第一编 行政管制中的公众参与	1
第一章 论行政管制与公众参与——以“管制俘获” 为视角	3
第二章 城市交通、公共治理和公众参与	21
■ 第二编 政治治理中的公众参与	61
第三章 信访性质的溯源性追问	63
第四章 协商民主视野下的人民陪审员制度研究	96
■ 第三编 公众参与的互联网背景	119
第五章 互联网、公众参与和政府信息公开	121
第六章 互联网、公众参与和突发事件应对	140
■ 第四编 公众参与的域外视角	163
第七章 伊比利亚半岛的法律和公众参与	165

第八章 巴西城市管理中的公众参与	218
第九章 风险规制中的公众参与	226
参考文献	252
后 记	263

第一编

行政管制中的公众参与

论行政管制与公众参与

——以“管制俘获”为视角

一、引言

近代工业革命以来，国家的管理理念经历了从“守夜人式国家”^{〔1〕}向“行政国家”的巨大变迁，政府的行政疆域不断扩大，行政权力也在加速膨胀和扩张，由此所产生的一个重要结果就是国家的行政管制^{〔2〕}“影子”开始笼罩着个人与组织之生

〔1〕 在早期的古典主义思想家看来，管理最少的国家就是管理最好的国家，这也是守夜人式国家的思想基础。“古典自由主义理论的守夜人式国家，其功能仅限于保护它所有的公民免遭暴力、偷窃、欺骗之害，并强制实行契约等。”〔美〕罗伯特·诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1991年版，第35页。

〔2〕 英文“regulation”在国内一般被翻译为“监管”“管制”或“规制”，考虑到“管制”这一翻译在国内具有更早和更强的学术影响力，在某种程度上也拥有更大的学术话语市场，比如经济学界一般将著名经济学家Stigler发表的“The Theory of Economic Regulation”翻译为《经济管制理论》，鉴于这一学术传统，故本书一般也将“regulation”翻译为“管制”。然而需要说明的是，本书并不尝试对“regulation”作语义学或语言学分析，对“管制”这一翻译的采用更多的是基于方便学术交流与沟通的实用主义考虑，因此对它的肯定并不意味着笔者对“规制”这一翻译的否定。事实上，在某种程度上，笔者也认为“管制”一词与计划经济存在着某种如韦伯所言的“有选择的亲和性”（elective affinity），而“规制”一词则与市场经济存在着某种“有选择的亲和性”，因此从长远来看，特别是对尚处于由计划经济向市场经济艰难转型的中国而言，“规制”一词的使用在很大程度上更有利于彰显市场经济的精神和实质。如果本书所引用的学术文献对“regulation”作“规制”翻译的，则从其翻译。另外，需要说明的是，本章题目中的“规制”一词并不是经济学意义指向的“regulation”，而是从行政法视角对管制俘获进行“规范”“控制”这一层面上的“control”。

产、生活的方方面面——既有经济方面的管制，也有社会方面的管制，还有文化方面的管制，等等。亚当·斯密等古典自由主义者所提倡和推崇的“管得最少的政府就是最好的政府”理念开始动摇，凯恩斯的“国家干预”理念受到越来越多人的认同与追捧。虽然经历了20世纪70年代的全球性经济滞胀以及以哈耶克、诺齐克等为代表的自由主义者所提倡的古典自由主义的复兴，国家管制在不断遭受着诟病与质疑，政府管制失灵也始终伴随着各种行政管制措施的实施和运行，于是，对管制设立的警惕、放松管制日益成为一个世界性的趋势与潮流，然而，一个似乎合理的推论是：放松管制并不意味着现代国家要取消管制，而是其在寻求管制范围、管制手段与制度的创新性和适应性，不断收缩管制范围，但与此同时，国家又在那些必要的管制范围内进行管制手段的创新与改革，以适应新时期的管制需求。^{〔1〕}“在一个不断变迁、转型甚至断裂的社会中，管制作为法律的替代，至少可能是一个重要的次优备择机制。”^{〔2〕}在日益复杂、精细和多元化的现代社会里，行政管制已成为现代国家和政府无法逃脱的宿命。我们所能选择的，或许仅仅是行政管制的多少和范围，而并非行政管制的有无与存在。

在民主思潮那不可阻挡的诱惑感召或观念压力^{〔3〕}下，民主的另一重要形式、作为与代议制民主相对的参与式民主的具体

〔1〕“即便是放松管制的拥护者，也支持某种最低限度的管制以确保一个富有争议的市场结构，并且承认对诸如大坝、公路和国防等公共产品提供政府管制性规则的必要性。”〔美〕理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岍译，商务印书馆2002年版，第32页。

〔2〕陈冬华、章铁生、李翔：“法律环境、政府规制与隐性契约”，载《经济研究》2008年第3期。

〔3〕然而，在某些国家或地区，民主思潮或许更多意味的是一种无形的自我压力与内在负担，迫使其采取某些“花瓶”式行动以迎合某种社会需求，并摆脱国际化“民主时尚”的压制。

表现——公众参与在世界范围内早已成为一种民主社会的新兴时尚和潮流，发达国家如此，发展中国家亦然。^{〔1〕}改革开放以来，随着市场经济的发展和公民民主意识的增强，中国的公众参与运动也在蓬勃发展，尤其是1997年颁布的《价格法》^{〔2〕}第23条确立了公众参与价格制定的制度，^{〔3〕}听证会——公众参与的最正式、最严格形式——开始进入价格管制这一行政管制的核心领域。传统行政管制过程的秘密性、隐蔽性和恣意性得到极大的颠覆与制约，行政管制所涉及的相关主体的关系与地位也在发生着潜移默化的调整与改变。然而，制度制定层面的积极变迁依然无法掩盖制度实施领域的消极困境。历数近年来有重大影响的涉及价格管制的听证会，如2002年原国家计委组织的铁路价格听证会、2003年国家发展和改革委员会组织的民航价格听证会以及2008年国家发展和改革委员会和原信息产业部共同举行的手机漫游费听证会等，这些听证会似乎都存在着——至少在公众看来——这样一个比较尴尬的“管制俘获”现象：原铁道部被各个铁路局俘获，国家民航总局被各个航空公司俘获，原信息产业部被各个手机通信运营商俘获。虽然存在着普通公众对行政管制过程的参与，但管制者与被管制对象之间却有着某种共谋及剪不断理还乱的直接利害关系，于是，轰轰烈烈的听证会不无悲哀地可能仅仅是一种“政治秀场”而

〔1〕 有关参与民主理论的历史渊源及发展的相关内容，可参见〔美〕卡罗尔·佩特曼：《参与和民主理论》，陈尧译，上海人民出版社2006年版，第1~41页。

〔2〕 若无特别说明，本书都使用相关法律规范的简称，比如用《行政处罚法》指称《中华人民共和国行政处罚法》，用《政府信息公开条例》指称《中华人民共和国政府信息公开条例》。

〔3〕 《价格法》第23条规定：“制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证会制度，由政府价格主管部门主持，征求消费者、经营者和有关方面的意见，论证其必要性、可行性。”

已。本章尝试去分析和解读行政管制过程中的“管制俘获”现象及其成因，并尝试着以公众参与尤其是组织化利益的参与为分析视角去对“管制俘获”的有效规制进行梳理，进而对行政管制与公众参与的基本关系作一番理论层面上的简单探讨。

二、行政管制过程中的“管制俘获”——基于“管制俘获”原因的分析

行政管制，也称政府管制，一般是指“具有法律地位的相对独立的政府管制机构依照一定的法规对被管制者（主要是企业）所采取的一系列行政管理与监督行为”。^{〔1〕}根据现代政府管制理论，行政管制可以大致分为经济性管制和社会性管制：^{〔2〕}经济性管制一般侧重于对自然垄断企业、负外部性经济问题、贫富差距等事项的规制；社会性管制则一般强调对涉及公民健康卫生、自然生态环境、社会福利保障等事项的规制。无论是在经济性管制还是社会性管制中，作为管制者的行政机关被作为被管制者的企业或其他利益集团所“俘获”已经成为行政管制实施过程中一个不争的普遍事实。^{〔3〕}管制者与被管制者经常进行着某种预期目标一致的、心照不宣的秘密无形“握手”合作，

〔1〕 王俊豪：《政府管制经济学导论》，商务印书馆2004年版，第2页。

〔2〕 有关经济性管制和社会性管制的具体划分和内容，可参见〔日〕植草益：《微观规制经济学》，朱绍文、胡欣欣等译，中国发展出版社1992年版，第21~23页。

〔3〕 “管制通常是产业自己争取来的，管制的设计和实施主要是为受管制产业的利益服务的。”在施蒂格勒教授看来，管制者天然地具有被俘获性，其所设计和实施的管制“主要是为受管制产业的利益服务的”。参见〔美〕G. J. 施蒂格勒：《产业组织和政府管制》，潘振民译，上海人民出版社、上海三联书店1996年版，第210页。同时，另一位著名管制经济学家佩尔兹曼也指出“管制是为利益集团与管制者所共同喜好的一种制度。”参见余晖：“管制的经济理论与过程分析”，载《经济研究》1994年第5期。

在一定程度上甚至可以说达成了某种“隐性契约”，以维系着它们之间的共谋关系及利益均沾。一般而言，“管制俘获”的产生可能存在着以下原因：

第一，作为管制者的行政机关与作为被管制者的企业和利益集团之间所存在的某种带有天然性的特殊关系。在长期的行政管制过程中，管制者与被管制者也会经历如恋人般的“相识、相知、相恋”的过程，一旦经过了一段时间的磨合与熟识，为了实现各自的利益最大化，它们之间会形成利益互补、各取所需的共谋关系。由于行政管制的客观存在，某个领域内管制者与被管制对象的这种关系便带有了某种天然性。管制机关及其具体的负责实施管制政策的个人，期望着能从管制政策的制定和实施过程中获取本机关和本人的利益，而被管制者则也会为了自己的利益去迎合管制者的自利动机进行寻租活动，说服、诱惑甚至逼迫管制机关运用其权力为本企业或利益集团的利益服务。尤其在转型时期的中国，虽然官方层面的“政企分离”“政事分离”“政社分离”等管理体制改革的依然在如火如荼地进行着，也取得了一定成效，然而不容反驳的事实是，行政机关与原先隶属于它们的国有企业、事业单位、社会团体之间的关系依然微妙复杂，国有企业依然享受着计划经济体制下所享受的一定的行政级别，^{〔1〕}部委或地方政府所属的事业单位、社会

〔1〕 在中国，过度的行政性垄断的存在依然是一个无法绕开的问题。由于在国家内部去讨论抽象意义的国家缺乏实质意义，而掌握国家权力的又是理性的、追求利益的具体个人，在这个意义上而言，国家垄断所带来的巨大收益在很大程度上可以归属于这些个人，而垄断本身在很大程度上就意味着利益。正如布迪厄（Boudieu，也有译成布尔迪厄）所言：“建构有形暴力和象征暴力的国家垄断是和建构为获得利益垄断的斗争场域分不开的，利益垄断是与国家垄断相联系的。”〔法〕布尔迪厄：《实践理性：关于行为理论》，谭立德译，生活·读书·新知三联书店2007年版，第111页。

团体更是比比皆是，国有企业、事业单位、社会团体的领导人与行政机关领导人之间的互换、转任、调动等途径也依然畅通。试想，在这样的体制、机制下，要保证管制机关的独立性而不被受管制对象所俘获则无异于天方夜谭。

第二，地方保护主义的影响。我国《宪法》第3条第4款规定：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”尽管从宪法学角度而言，我国是单一制国家，地方受中央领导，地方应该绝对服从中央的权威，然而近年来发生的“江苏铁本事件”、各地“房地产救市政策”以及广东发布的“国民休闲旅游计划”规定五一放假7天的方案^{〔1〕}等事件都在暗示着中国地方保护主义势力的强大。就行政管制而言，地方的管制机关为了保护本地的产业（甚至是落后、污染的产业），增加地方财政收入，提高地方GDP和解决就业，极有可能置国家利益、公共利益于不顾，虚置国家的法律、法规，对中央政策阳奉阴违，而与本地受管制的企业、利益集团共谋，通过设置不必要的市场准入门槛、特殊的定价和税收安排、非法补贴和违规贷款等手段为本地的受管制对象服务。特别是在前些年以GDP作为地方官员主要政绩考核标准的体制下，它相当于在地方之间、地方官员之间创设了一种锦标赛体制，^{〔2〕}很多地方为了赢得外部的比赛胜利，

〔1〕 笔者在此并无意讨论五一长假本身的合理性与否，引用广东的例子仅仅是为了说明广东办公厅如此明目张胆地违抗《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》，可见地方保护主义在中国还是有着某种程度的惯性与自觉。

〔2〕 周飞舟教授将“大跃进期间的中央—地方关系以及由此形成的地方竞赛的体制”叫作“锦标赛体制”，其实这种体制已不仅仅适用于大跃进期间，而是具有强大的制度惯性并深刻影响着未来中央与地方关系的建构。关于“锦标赛体制”的详细阐述，可参见周飞舟：“锦标赛体制”，载《社会学研究》2009年第3期。