

吴燕怡 著

博士学位论文丛书

行政程序的运作与规制

——以石林彝族自治县五棵樹村的整体搬迁项目为例

BOSHI
XUEWEILUNWEN
CONGSHU

云南出版集团公司

云南人民出版社



作者简介

吴燕怡，2013年1月毕业于云南大学法学院，获法学博士学位，博士论文答辩获得优秀。现为昆明理工大学法学院讲师，曾参与教育部课题、国家社科基金课题及省级课题，先后在《贵州社会科学》、《广西民族大学学报》、《思想战线》《云南行政学院学报》、《云南警官学报》等期刊发表论文十余篇，其中一篇论文被《人大复印资料》索引转载。

吴燕怡
著

博士学位论文丛书

行政程序的运作与规制

——以石林彝族自治县五棵树村的整体搬迁项目为例

BOSHI
XUEWEILUNWEN
CONGSHU

云南出版集团公司
 云南人民出版社

图书在版编目（CIP）数据

行政程序的运作与规制：以石林彝族自治县五棵树的
整体搬迁项目为例 / 吴燕怡著. — 昆明：云南人民
出版社, 2013.5

ISBN 978-7-222-09829-9

I. ①行… II. ①吴… III. ①行政程序—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第111271号

组稿编辑： 李锦雯
责任编辑： 肖 薇 李 爽
责任校对： 庞远燕
责任印制： 马文杰
装帧设计： 胡元青

书 名	行政程序的运作与规制 ——以石林彝族自治县五棵树村的整体搬迁项目为例
作 者	吴燕怡 著
出 版	云南出版集团公司 云南人民出版社
发 行	云南人民出版社
社 址	昆明市环城西路609号
邮 编	650034
网 址	www.ynpph.com.cn
E - m a i l	rmszbs@public.km.yn.cn
开 本	787×1092 1/16
印 张	9
字 数	190千
版 次	2013年5月第1版第1次印刷
设计制版	昆明昊谷文化传播有限公司
印 刷	昆明卓林包装印刷有限公司
书 号	ISBN 978-7-222-09829-9
定 价	38.00元

目 录

引 言..... 1

一 问题的提出..... 1

二 国内外研究综述..... 3

 (一) 国外研究..... 4

 (二) 国内研究..... 10

三 分析工具..... 14

四 研究方法与调查过程..... 19

 (一) 研究方法..... 19

 (二) 调查过程..... 21

五 论文结构安排..... 22

第一章 五棵树村整体搬迁项目涉及的行政程序..... 24

 第一节 背景 24

 第二节 调查、立项与审批 29

 一 前期调查程序..... 29

 (一) 调查的主体..... 29

 (二) 调查的方式与内容..... 30

 二 立项和审批程序..... 32

 (一) 立项程序..... 32

 (二) 审批程序..... 34

 三 土地使用权取得程序..... 35

 四 拆迁、征地程序..... 36

 五 项目规划程序..... 36

 第三节 资金筹措、项目招标 37

 一 资金筹措..... 37

 二 项目招标程序..... 38

 (一) 多次出现要求资格预审的招标公告..... 38

 (二) 招投标中存在时间不足的情况..... 39

 (三) 多次重新招标..... 39

 (四) 划分标段和不接受联合体招标..... 40

 第四节 告知程序 41

 第五节 安置、补偿、遗留问题处理 43

- 一 安置..... 43
- 二 补偿程序..... 44
 - (一) 搬迁补偿及程序..... 44
 - (二) 征地补偿及程序..... 45
- 三 遗留问题处理 46
- 小结..... 48

第二章 行政程序运作中的利益冲突 49

- 第一节 五棵樹村整体搬迁涉及的利益冲突 49
 - 一 商业利益..... 49
 - 二 土地利益..... 53
 - 三 居住环境利益..... 57
- 第二节 卷入利益冲突的社会组织 60
 - 一 司法机关..... 60
 - 二 村委会..... 62
 - 三 媒体 64
 - 四 律师事务所..... 68
- 第三节 影响利益冲突的其他因素 69
 - 一 撒尼人的品格..... 69
 - 二 撒尼人的族群意识和集体行动..... 71
 - 三 妇女的作用..... 74
- 第四节 村民博弈的阶段性成果 75
 - 一 成立村委会..... 76
 - 二 土地补偿..... 76
 - 三 搬迁..... 76
 - 四 搬迁后的利益保障..... 77
- 小结..... 78

第三章 正式程序与非正式程序 79

- 第一节 正式程序 79
 - 一 五棵樹村村民所认识的正式程序..... 79
 - 二 正式法律程序对于村民的现实意义..... 81
 - 三 对正式程序效果的评价..... 82
- 第二节 非正式行政程序 84
 - 一 非正式程序的运作..... 84
 - (一) 政府与村民的非正式接触..... 84
 - (二) 掩盖在正式程序形式下的非正式行政程序..... 89
 - 二 对非正式程序效果的评价..... 90
 - (一) 非正式程序的正面作用：实用、有效..... 92

(二) 非正式程序的消极作用: 侵权、标准模糊、难以救济·····	94
小结·····	95
第四章 程序公正与行政正义 ·····	96
第一节 行政机关与相对人之间的利益平衡的可能性 ·····	96
一 行政相对人所诉求的“行政正义” ·····	96
二 行政机关与相对人利益平衡的可能性·····	98
(一) 行政程序运作得当是双方利益平衡的基础·····	98
(二) 正式程序与非正式程序的交替运作有利于调整双方的权利义务关系·····	99
(三) 组织结构的变化是平衡双方势力的一个通道·····	100
第二节 以程序公正实现行政正义 ·····	102
一 正式程序被架空的避免·····	102
(一) 信息公开义务·····	102
(二) 有效告知义务·····	103
(三) 提供当事人参与程序的机会·····	103
(四) 行政程序执行者与相对人之间应保持一定距离·····	104
(五) 教示义务·····	105
(六) 行政指导义务·····	105
二 非正式程序违法的救济·····	105
小结·····	106
第五章 行政程序的立法规制 ·····	107
第一节 行政程序的控权 ·····	107
一 行政程序的控权机制·····	108
(一) 行政程序中行政机关的自我控制·····	108
(二) 行政程序中公民参与控权及其在个案中的失利·····	109
第二节 立法规制行政程序 ·····	110
一 五棵树个案体现出的立法需求·····	110
(一) 相对人需要具有实际意义的程序·····	110
(二) 政府需要高效的行政程序·····	111
二 国外行政程序立法带来的启示·····	111
(一) 正式程序·····	111
(二) 非正式程序·····	112
第三节 对我国行政程序立法的思考 ·····	114
一 将非正式程序引入我国行政程序法·····	114
二 正式程序与非正式程序的区分·····	115
三 非正式程序的立法规制·····	116
小结·····	117
结 论 ·····	118

参考文献..... 120

 一 著作类..... 120

 二 论文类..... 122

 三 法律法规、行政规范性文件..... 124

附 录..... 125

 附录一 五棵樹村村民致最高人民法院院长的信件..... 125

 附录二 五棵樹村村规民约..... 126

 附录三 五棵樹村土地被征用、租用情况..... 130

 附录四 石林县政府发布的搬迁公告..... 134

 附录五 2011年度石林农工商集团总公司摄像人员分组安排..... 136

后 记..... 137

引言

一 问题的提出

行政程序法作为现代行政法的一般性制度在现代法治国家获得了稳固的地位。在中国行政程序立法已经被提上日程的大背景下,本文对2009 2012年发生在云南省彝族自治县五棵树村的一起搬迁案例进行了较为详细的叙述,借助这个案例笔者对行政程序的实际运作进行了描述和分析,并对行政程序立法提出建议。

在中国,行政程序一度表现为,“行政执法所适用的程序大多数都是各执法部门自己规定的,主观性大于客观性。”^①行政程序的实际运行与立法意图之间总是存在着一定的差距。本文认为,行政程序本质上是一种社会控制,其控制的对象是行政机关。现代社会的行政权非常难以驾驭,通过行政程序来对其加以控制是有效的途径之一。同时,行政程序虽然是一种社会控制的手段,但行政程序本身也需要被控制,程序立法是控制行政程序的最基本条件,缺少立法,行政程序就难以运转,与之相关的司法审查和过程控制也就不复存在。尽管就效果而言,对行政程序的立法控制并不是最显著的,但却是司法审查和过程控制的基础。

行政程序是指行政主体行使行政权力,作出行政行为所应遵循的方式、步骤、顺序和期间的总和。然而,在行政程序立法不完善的情况下,行政程序的立法缺陷,行政程序的实施偏差,正式程序与非正式程序的冲突等因素,往往会使行政行为的过程发生扭曲,引发诸种冲突,大大影响了行政行为的效率和结果。本文作为个案分析的石林彝族自治县县政府所实施的五棵树村整体搬迁项目正是反映了行政程序立法不完善背景下,行政程序和行政行为的困境和难题。

石林彝族自治县五棵树村本是一个名不见经传的村落,但2009年2月以来,五棵树村的名字逐渐见诸各媒体。这跟两起诉讼有关,一是村民向昆明市中级人民法院和云南省高级人民法院起诉县政府的搬迁令违法;二是石林县人民法院判决围攻政府工作人员的村民犯妨碍公务罪。五棵树村一时被媒体推到了风口浪尖,这是跟五棵树村特殊的地理位置相关的,五棵树村就位于著名的石林风景区的停车场旁,是景区内唯一的村子。由于位置显著,村里临街的房屋都变成了商铺和旅店,也由于地理位置的特殊,村里可供耕种的土地逐年减少,他们的土地变成了著名景点、景区的宾馆、高速路和其他的旅游设施,更关键的是申报世界遗产成功之后,按照世界遗产组织的相关规定,村民被要求整体搬迁。1993年,当时的路南县政府就进行了第一次申遗工作,但经国际专家考察和世界遗产委员会主席团初审认为石林缺乏有关地质资料及国际权威地质学家的论证,因此

①吴大华:《西部大开发中的法律制度建设研究》,西南交通大学出版社2011年版,第116页。

未向委员会会议推荐审议,建议石林就有关问题继续进行考察论证及材料补充工作,待今后时机成熟时再次申报。在这种情况下,路南县政府主动撤回了申报申请。2006年1月13日,经国务院签署文件批准,“中国南方喀斯特”申报材料由中国教科文组织全委会正式呈报联合国教科文组织世界遗产委员会,成为中国当年唯一的世界自然遗产申报项目。2006年2月,石林申遗环境整治工作全面展开。为申遗创造条件,2006年县人代会上通过了搬迁决议。2007年搬迁工作组进村宣传、调查、征求村民的意见,并初步达成共识,大部分村民签字表示同意搬迁。2009年县政府正式以公告通知村民搬迁,但遭到全体村民的拒绝。拒绝的理由之一是政府选定的新址是五棵树村先民曾经居住过的地方,这个地方曾经流行麻风病;另外,村民都认为这个地方风水不好,小孩子不容易长大,他们要求将新村安置在泥鳅塘或者新跤场;理由之二是自1993年以来就取代原来村级行政政权的农工商集团未能对群众交代出卖、出租集体土地及其补偿事宜,而被征用和租用的土地竟然用于建设国家早已明令禁止的高尔夫球场,且高尔夫球场所在位置就是村民希望的新村地址;理由之三是五棵树村在1993年取消当时的自然村成立了农工商集团公司、部分村民变成了居民户口,但此后五棵树村的住户从未行使过公民的选举权,故不承认2006年县人大会的搬迁决议。之后上演了前文所述村民状告政府违法及村民被捕并获刑的一幕。但是,由于石林县政府采取了新的措施,导致在诉讼结果对村民极为不利的情况下,部分村民与政府和解,签署搬迁协议,此外,为了进一步敦促村民的搬迁,政府又增加了一些优惠政策,所以,尽管到了2012年3月,仍有少量村民住在几乎已成废墟的旧村里。除了少量的村民作为“钉子户”坚守在旧村,大部分村民在2010年12月以后已陆续搬迁到新村,在这个过程中,政策的变动是明显的,既定的程序微妙地转向有利于村民的方向。

五棵树村搬迁程序受到了包括媒体、律师和司法机关等诸多主体的影响,套用克利福德·格尔兹(Clifford Geertz)的话说,在这个个案中的石林县城如一个大剧场,搬迁程序运作俨然一幕情节曲折的舞台剧,石林县政府、省市县级人民法院,村民、律师、媒体、检察院、不同程度地介入这个程序,并形成一個复杂的结构。在各种力量的相互作用下,剧情跌宕起伏。

本文的研究表明,政府为实施搬迁工程,制定了周密的计划,搬迁工作的每个步骤均在政府的思虑范围,但是,在运作中,正式程序并未取得预想的效果,对于政府来说是正式的法律未能得到有效率地推行,搬迁工作颇费周折。对于村民来说,精心设计的行政程序并未提供一个让双方可以平等对话的平台,程序并不是一个可以凭借它来实现权利的桥梁。预定的程序被架空或是被巧妙地规避掉,官方和民间似乎对正式制度的运作都不抱以太大的希望,事实上,在正式程序之外确实存在另外一套程序在直接产生作用,正式程序被非正式程序所替代或者依照法律执行的行政程序之下隐藏着违法的程序运作都是较为常见的情形。本文在这里把它们都称为“非正式行政程序”,非正式程序的运作,并非是石林县政府的独创,相反,是行政程序实践中长期存在的惯例。

上述事实说明,行政权在控制社会的同时,也在受到社会的控制,而且双方对彼此的控制大部分都属于非正式控制。实际上非正式规范和实践正是社会控制的基础和主要

形式。非正式程序由于不具有正式程序所包含的要式性规定，而具有了这一类型的社会控制的特质。“但正式的和非正式的社会控制系统是不大好分开来谈的。事实上它们经常遭遇，或者互相补充，或者互相冲突。”^①总之，正式程序与非正式程序共同构成了行政程序。在西方国家的立法与实践中，非正式程序均占据重要地位，笔者的调查也显示了非正式程序在我国的实践中的不可或缺性，但是，我国目前的立法中并未包含非正式程序这一内容，所以，本文会对非正式程序予以重点关注。

本文所进行的研究，是朝着这样一个方向行进的，“面对行政程序立法的契机，我们面临一项基础性的工作，那就是对现行的主要行政机关的程序进行观察、描述，并进而进行分析与评估”。因此，“如果我们同意改革的基础是对被改革对象的了解，而立法并不是仅仅根据价值判断和逻辑去设定规则的话，这样一项研究的意义应该是不言自明的。”^②在我国行政程序立法并不完备的情况下，本文试图通过人类学式田野调查来研究行政程序如何实际运作，从而为立法提供相关事实依据和理论分析的依据。

由于本文将以五棵樹村整体搬迁的个案贯穿文章始终，政府在此次搬迁中所运作的行政程序是本文的主要线索。因此，有必要在正文展开之前对本文所涉及的行政程序的概念予以明确。哈特穆特·毛雷尔（Hartmut Maurer）教授认为，“广义的行政程序是指行政机关为了做成决定、采取其他措施或者签订合同而进行的所有的活动的总称。如此宽泛的定义包括了与特定措施——如法规命令、行政行为、事实行为、选举、私法上的意思表示、合同、内部行政措施、职务协助等——相应的、大量的、不同的行政程序，需要适合其特性的不同调整规则，尽管他们具有一些公认的共性。”^③我国学者在谈及“行政程序”时，往往指这个概念的某一方面。如我国《行政程序法试拟稿》（姜明安稿）认为：行政程序，指行政行为的过程、步骤、顺序、方式、形式和时限。而《行政程序法试拟稿》（王锡锌稿）认为：本法所称之行政程序，是指行使行政权力的主体制定行政规范、做出行政决定、确定行政规划、缔结、变更或解除行政合同、实施行政指导等行为的程序。本文的研究所涉及的五棵樹村搬迁的程序包括整个搬迁项目中的所有步骤和方式，因此，本文是在毛雷尔教授所给出的广义的行政程序意义上使用行政程序的概念。当然，在这其中也包含了许多狭义的行政程序，例如，五棵樹村搬迁项目的立项、审批、预案、公告、安置补偿等所有单个程序，以及它们所包含的每一步骤。此外，在我国的立法中，行政程序往往是指正式程序。概括地说，在本文中，行政程序是指行政机关应遵守的正式程序和非正式程序的总称。

二 国内外研究综述

正当行政程序理论在国内外均有十分丰富的著述，在理论研究的基础上，在欧美产生了以德国、美国为代表的较为成功的行政程序立法，亚洲的日本、韩国及我国的澳门和台湾地区都已对行政程序进行立法，以澳门和台湾地区的立法为其中之佼佼者。我国

^①朱晓阳：《罪过与惩罚：小村故事：1931~1997》，天津古籍出版社2002年版，第7页。

^②王锡锌：《中国行政程序立法：现状与展望》，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=23789，北大法律信息网。

^③（德）哈特穆特·毛雷尔著，高家伟译：《行政法学总论》，法律出版社2000年版，第451页。

的湖南省也率先作出了地方性规定，山东、陕西、重庆等地也进行了相关尝试，迄今为止，专家已试拟中国行政程序法典十余稿。

（一）国外研究

1. 对程序正义的不同理解

程序正义的意义引起了很多学者的关注，其中以约翰·罗尔斯（John Rawls）与尤尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）的研究最具有影响力，二者基于不同视角对程序正义产生了截然不同的认识。

在罗尔斯的《正义论》发表之前，已有不少学者论及这一理念，如亚里士多德（Aristotle）、约翰·洛克（John Locke）、让·雅克·卢梭（Jean-Jacques Rousseau）等，英国早已确立自然公正原则。但直至罗尔斯才第一次明确地提出“程序正义”的概念。罗尔斯提出了完善的程序正义、不完善的程序正义和纯粹的程序正义三个概念。罗尔斯自己更加青睐于纯粹程序正义，他认为纯粹的程序正义，不存在对正当结果的独立标准，而是存在一种正确的或公平的程序，这种程序若被人们恰当地遵守，其结果也会是正确的或公平的，无论它们可能是一些什么样的结果。纯粹程序正义的一个明显特征是：决定正当结果的程序必须实际地被执行，因为在这些情形中没有任何独立的、参照它即可得知一个确定的结果是否正义的标准。为了在分配份额上采用纯粹的程序正义的概念，有必要实际地建立和公平地管理一个正义的制度体系。只有在一种正义的社会基本结构的背景下，在一种正义的政治结构、经济和社会制度安排的背景下，我们才能说存在必要的正义程序。^①

这种社会基本结构，由各种具体的制度（平等的自由、分配的份额、义务和职责）所构成，并与两个正义原则〔第一个正义原则：每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利（平等的自由原则）。第二个正义原则：社会和经济的不平等应该这样安排，使它们：1.在与正义的储存原则相一致的情况下，适合于最少受惠者的最大利益原则（差别原则）；2.依系于在机会公平平等的条件下，职务和社会向所有人开放（机会的公平平等原则）〕相联系。罗尔斯在“平等的自由”中讨论了第一个正义原则，阐明了自由的优先性，即第一个正义原则优先于第二个正义原则，平等的自由优先于社会经济利益。罗尔斯对“作为公平的正义”作出了康德（Immanuel Kant）式解释，认为原初状态和正义原则可被看成是对康德的自律和绝对命令的一种程序性说明。在“分配的份额”中讨论了第二个正义原则，并描述了一个现代国家的背景下满足第二个正义原则要求的制度安排。在“义务与职责”中讨论了用于个人的道德原则，换句话说，也就是由两个正义原则带来的义务和职责，罗尔斯通过概述一种非暴力反抗的理论来阐明自然义务和职责原则的内容。这一理论包括三个部分：一是规定把它与其他抵制形式区别开来的定义；二是证明它在哪些条件下是正当的；三是阐述它在稳定宪法制度方面的作用。“如果正当的非暴力反抗看上去威胁了公民的和谐生活，那么责任不在抗议者那里，而在那些滥用权威和权力的人身上，那些滥

①（美）约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第84~86页。

用恰恰证明了这些反抗的合法性。”^①

上述是罗尔斯在1972年的《正义论》中所提出的正义理念，但到1985年基于对发达社会的政治忧虑，他重新表述了其正义理论，他指出，它的两项正义原则的支持可见于一种交叠性的共识，即在不同的宗教、道德和价值学说中形成关于正义观念的“重叠共识”，在这样一个社会里，不仅有一种公共的观点，全体公民都能从这一公共观点出发来裁决他们的各种正义主张，而且这一公共观点也能在全体公民的充分反思平衡中得到他们的相互认肯。这一平衡是充分交互主体性的。这就是说，每一个公民都会考虑所有其他公民的理性推理和论证。^②

在罗尔斯程序正义的观念中，正义是正义程序之结果。只有程序是确定的，而结果则是不确定的。也就是说，如果程序本身是正义的，那么它所达成的任何结果都是正义的，无论它们是什么。但是，罗尔斯实际上又认为只有体现“自由”和“平等”的原则是正义的，而不是任何原则都可能是正义的。这样，正义就不是正义程序之结果，相反，程序变成了为达到某种预定结果而选择的设计。在这种意义上，罗尔斯的正义不是程序的，而是实质的。

作为罗尔斯思想的批评者，哈贝马斯指出了罗尔斯正义理论中所包含的这种矛盾，他在《事实与规范》一书中，批评了罗尔斯的正义观点。“在整个70年代，罗尔斯弱化了其正义论的很强的普遍主义的可辩护的主张，因此他就把以下两个语境中诉诸我们最佳规范性直觉的不同意义混淆起来了：一方面是在哲学专家中对理论的论证，另一方面是对一个经过论证的理论的诸原则的公共启蒙和政治追求。罗尔斯相信，他应当把正义论本身建立在那些受文化影响的、‘我们中’任何人都不可能合理地拒绝的直觉基础上；他愈是这样相信，以下两个方面就愈是不清楚：一方面是对正义原则的哲学辩护，另一方面则是一个特定法律共同体关于其共同生活之规范性基础的政治自我理解。”^③

哈贝马斯重视程序，但强调程序的道德内容，他把正当性设想为在某些理想化条件下合理的可接受性，把论证过程视为我们的程序。哈贝马斯认为法治的正当性来自民主程序，即在社会决策程序中把话语与决策程序相结合（如投票程序、话语认知程序、立法程序、司法程序等），实现平等对待。法律之所以为正当与合法在于能够使公民的私人自主和公共自主同时实现。法律的正当性来自自我赋予和拘束力。沟通产生法律，而非决断产生法律。哈贝马斯把民主的模式从精英民主转变为承继了美国激进民主传统的程序民主。法治之正当性的话语民主推崇民主程序的认识功能。道德论辩将用法律手段而被建制化。^④

他进一步指出在多元主义社会里，正义理论要指望人们接受，它就必须仅仅局限

①（美）约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第379页。

②（美）约翰·罗尔斯著，万俊人译：《政治自由主义》，译林出版社2000年版，第408页。

③（德）尤尔根·哈贝马斯著，童世峻译：《在事实与规范之间——关于法治和民主国家的商谈理论》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第73页。

④（德）尤尔根·哈贝马斯著，童世峻译：《在事实与规范之间——关于法治和民主国家的商谈理论》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第559页。

于一个严格地来说是一个后形而上学的观念，也就是说，它要避免介入彼此竞争的诸生活方式和世界观之间的冲突。即使对理性的公共运用，在许多理论问题上，尤其是实践问题上，也并不导致所追求的合理共识。其原因在于举证责任，即理想性的理性主张本身施加在有限精神之上的那种负担。这甚至也适用于科学商谈。在实践商谈中，还有一个因素：好的生活的问题即使在理想条件下，也只有在在一个已经预设为有效的生活计划之中，才能找到一个合理回答。因此，一种同现代生活条件相适应的正义论，必须考虑多种多样同时并存的、同样有资格存在的生活形式和生活计划，合理异议是会持久存在的。因此，正义论必须局限于范围很窄的政治—道德的原则问题，对于这些问题，“重叠共识”是可以合理地期待的，因为这些问题也就是那些涉及在世界观上中立的、被普遍接受的价值的问题。人们所要寻求的，是那些体现了可普遍化利益的原则或规范。^①

2. 行政程序立法与实践的研究

(1) 行政程序立法

英美法系的法治理论突出表现为“自然公正”原则，强调依法行政中的“法”，应该包括正当的法律程序。大陆法系国家强调实现“法律优先原则”和“法律保留原则”，即法律较之政策具有优先地位，且行政活动必须有法律依据。二战后，两大法系有关行政程序法的思想观念日益靠拢，较为典型的是日本同时接受了德国式的“形式上的法治主义”和英美“正当法律程序”的概念，并走向了“实质性法治主义”。法治学说主导各个国家和地区的行政程序法形成不同的特色。

如美国公法学界认为，程序要求，尤其是公民在听证程序中的参与，将有助于保证事实认定的准确性，保证行政行为 and 立法指示相一致，提高行政机构的政策判断质量，并帮助法官对行政行为进行审查。在美国的《联邦行政程序法》中，将程序类型分为正式程序、非正式程序和行政“记录”，并根据不同情况加以规制。美国1946年联邦《行政程序法》第553条针对制定规章是否应当以听证记录为依据规定了两种程序，即非正式程序和正式程序，从而形成了两种并不一致的听证制度，即非正式听证和正式听证。

非正式听证，又可称之为评论程序（Common Process），它是社会公众或利害关系人对已经公布在《联邦登记》上的拟定的规章草案表达自己意见的各种方法的总称。为保证公众有效地对规章提出意见，除规章已注明了将受此规章管辖的人的姓名并且将通知送达本人或他们事实上已依法得到通知外，行政机关应将拟定的规章以通告形式公布在《联邦登记》上。通告应当包括如下内容：说明制定规章的会议时间、地点和性质；指出拟定规章的法律依据；拟定规章的条款，或者说明拟定规章的主要内容及其所涉及的主题和问题。除非有法律规定必须发布通告或举行听证会外，下列情况可以不适用于通告：解释性规章；关于政策的一般声明、机关组织、程序和工作制度方面的规章；机关有正当理由认定（应将此认定和简要的理由说明载入所发布的规章之内）关于此事的通告和公共程序是不切合实际，没有必要或有悖于公共利益的。评论时间自拟定规章在

^①（德）尤尔根·哈贝马斯著，童世峻译：《在事实与规范之间——关于法治和民主国家的商谈理论》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第74~75页。

《联邦登记》公布之日起30天，通常是60天。公众评论规章的具体方式可以采取提供书面意见或资料的方式，也可以通过口头提供意见，还可以在行政机关主持下通过非正式的磋商、会谈等方式表达自己的意见。因为法律并不要求行政机关在非正式程序中采取口头听证的方式取得证据，而提供书面意见是非正式程序中公众参与听证的一个主要方式。对于公众所提出的意见，行政机关在制定规章时仅作参考，它可以在不考虑公众所提的意见的情况下，根据自己的知识和实际工作经验制定规章。作为行政公开的一项法律制度，非正式听证一方面可以增进行政机关吸收各种不同的意见，使制定规章更加科学、可行；另一方面因行政机关的规章制定不受公众意见的约束，从而保证了行政机关制定规章的工作效率。因此，非正式的听证被称之为美国当代行政法上的一个创举。^①

正式听证，即审判型的口头听证，具有明显的司法化性质。证据听证是正式听证的核心。美国1946年联邦《行政程序法》第553条规定，“法律规定必须根据行政听证的记录制定的规章，则不适用本款规定，而适用本法的第556条和第557条规定。”该法第556条和第557条主要规定了一种行政机关接受口头听证的程序规则。行政机关在制定规章时究竟采用何种听证方式，取决于国会授权法的规定。由于正式听证本身程序繁琐，损耗人力与物力，所以国会很少通过法律对行政机关提出这种要求。美国行政法学家戴维斯教授因此指出，法官、立法者和行政官员都同意这样的看法：正式听证程序对于制定普遍适用的规章并不适宜，由于这种原因，使用正式听证程序的情形是少之又少，可能几乎没有，在将来可能会没有。^②

德国行政程序法中也非常重视非正式程序。实行以非正式听证为主、正式听证为例外的原则。德国《联邦行政程序法》对一般行政程序不作言词辩论的要求，但要式行政程序应当采用言词辩论。要式行政程序是德国《联邦行政程序法》以外的其他法律规定必须符合一定程序条件方能作出决定的程序。但对于要式行政程序，就有五类无需进行言词辩论而由行政机关直接作出规定：作出决定的内容与所有参与人的申请完全一致的；参与人在规定的期间内未对拟作出的措施表示反对的；行政机关将其不进行言词辩论而直接作出决定的意图告知参与人后，参与人在规定的期限内未表示反对的；参与人均表示放弃言词审理的；因紧急情况，需采取不可延缓措施的。此外，《联邦行政程序法》第10条还规定：如果法律对程序形式没有特别规定，行政程序不受确定形式拘束，行政程序应该简单，合乎目的并迅速地进行。《联邦行政程序法》第68条也规定：言辞辩论不公开进行。从这些规定中也可看出立法对非正式程序的重视。

（2）行政立法与实践的偏离

在西方国家的行政程序法实践中逐渐显露出立法与实践之间存在偏差的问题，学者对此发表了不同的观点。

如有人认为社会变迁是导致立法与实践存在偏差的原因。如彼得·H.舒克（BiDe·H·shuke）等人指出：由于行政机构面临前所未有的挑战。骤发的技术革新和市场变化使新的政策议程成为必需，而这些议程又使行政机构的程序有时甚至职能出现

^①王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第362页。

^②罗豪才、应松年主编：《行政程序法研究》，中国政法大学出版社1992年版，第119页。

问题。行政机构与总统、国会、法院、各州以及私人集团之间经常变化的政治关系威胁着传统的对制度的理解,降低了正式行政法原则的重要性。由于行政国新的合法性危机产生了对基本规则进行改革的呼吁。由此出现了为不同的行政机构创立不同的程序性法律规则,而不是使之适用于《行政程序法》中更具普遍性的原则的呼吁。^①

日本的大桥洋一教授则把关注的重点放在行政过程上,试图以此来克服行政法学研究脱离行政活动本身实际情况以及过分注重由行政救济入手研究行政法相关问题的状况,他大量引入实证分析的研究方法,并以行政活动的实际运行为主线,来分析行政活动与法律规定之间的关系、差距。在其所著的《行政法学的结构性变革》一书中,明确地提出要求行政法学研究应当着眼于现实运行的行政活动以及对其加以实际规制的法律,也就是对机械地利用行政对法律加以执行这一预定调和的否定,而要求进行实证性的研究,即利用经验性的手法分析现实的行政活动,分析其与法律规定之间的偏差及其产生的原因。

理查德·B.斯图尔特(Stewart.R.B.)则指出,“只要行政机关确定实体政策的自由裁量权不受立法指令或任何其他外部限制的约束,正式程序就有助于清晰刻画相互冲突的权利主张,但是,仅仅程序本身肯定无法解决这些冲突的权利主张。”^②他同样也认为,立法(正式程序)发挥作用的前提是自由裁量权的发挥,“在行政机关行使宽泛的裁量权,以及进行政策选择的情形中,并没有任何先验的理由可以让我们确信,‘一个更为公正的政策’必将从一个所有受影响的利益都在其中得到有效代表的对抗式程序中诞生。”^③我们有理由认为,他所要求立法做的事情是对正式程序的改良,其实更直接地说——需要一个不具对抗性的、宽泛的程序即非正式程序的存在。

从分析立法与实践的偏差存在的诸多原因,到明确归因于正式程序不能完全肩负起独自实现程序功能,因而要求调整立法以回应现实需求,都表明了具有普适性的正式原则在实践中所存在的危机需要其他的措施来应对。

3. 行政程序的价值

不少学者从不同的角度指出了行政程序对于实现正义的重要意义。

理查德·B.斯图尔特基于行政法的功能不再是保障私人自主权,而是代之以提供一个政治过程,从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表的观点构建了“利益代表模式”。该理论假设,可确定的公共利益并不存在,社会中只存在不同个人和团体的独特利益;立法过程体现出来的仅仅是彼此冲突之利益相互撞击而形成的妥协;司法审查的目标不再是防止行政机关未经授权地侵入私人自治领域,而是确保所有受影响的利益在行政立法过程中得到公平的대표。为此目标的实现,法院又在一系列原理和技术上寻求突破,具体表现为:推定行政行为都可以接受司法审查;扩大有权获得正当程序条款保护的利益范围;扩大参与行政决定正式程序的利益范围;扩大有权获得司法审查的利益范围。经此改造,传统模式已经转变成解决行政过程中利益代表不平衡

①(美)彼得·H.舒克编著,王诚等译:《行政法基础》,法律出版社2009年版,中文版序言。

②(美)理查德·B.斯图尔特著,沈岍译:《美国行政法的重构》,商务印书馆2002年版,第156页。

③(美)理查德·B.斯图尔特著,沈岍译:《美国行政法的重构》,商务印书馆2002年版,第156页。

问题的可能方案。其中,起诉资格的放宽和行政过程参与权利的拓展,明显地指向一种利益代表模式。这种观点强调,在传统的、普遍适用的行政合法化模式瓦解之后,利益代表模式也许是有生命力的合法化模式,但是,无论是司法性的还是政治性的,利益代表模式作为一种解决立法性行政自由裁量问题的普遍方案,仍然是存在诸多缺陷。因此,单一行政法理论的理想是站不住脚的,而且可能会分散对复杂性的注意,会阻碍针对各种问题的现实主义方案的发展。进而,利益代表具体的策略是首先进行两种分类:根据行政机关的职能、结构、权力、环境以及自由裁量权之性质和数量等,对行政机关进行分类;对指导和控制行政权力的不同技术进行分类。然后将两种分类体系结合起来,寻求特定行政机关的目的与性质同各种控制技术之间最为和谐的契合。^①

汉斯·J.沃尔夫(Hans·J·Wolff)主张行政程序是行政相对人实现权利的程序,没有程序也就无从实现实体权利。将行政程序分为几种类型:正式程序、计划确定程序、计划批准程序以及有关行政许可程序加速的规定。并指出不同类型的行政程序都将遵循基本原则,包括:程序主导和程序裁量原则,透明度和确定性原则,比例原则,效率和灵活性原则,平等对待和平等武装原则,回避原则,数据保护和保守秘密原则。他认为,行政机关选择错误的程序类型的,构成对个人主观权利的侵犯。^②为确保相对人的参与权还提出了“非单方处理性行政行为”的概念。^③

罗斯科·庞德(Roscoe Pound)从社会控制的视角来看法律程序,强调“行动中的法”,并把法律分为三种,三种对法律的理解都表明法律与程序分不开。他指出,“通过程序进行的这个过程赋以法律以生命”,“法律社会工程的主要内容就是作为工具的操作系统。这不过是一种程序性的装置罢了。在这个装置里,所有的法律参加者都遵循一定的方法和途径,审理案件,辩论是非;所有的事实和材料只有经过一定法定方式或步骤取得或确认,方能成为决定的依据;经由对这些过程的预测,一个大致清楚的决定便可以形成。若仍有疑虑和不足,将进入下一个程序。每一个环节的完成,当事人的选择越来越少,限制越来越多,一切程序参加者都受自己的陈述与判断的约束。人们一旦参加程序,那么就很难抗拒程序所带来的后果。在这个过程中,人得到了控制,至少是人的恣意得到了控制。”^④这里所指的程序就包含了行政程序。

在西方法治理论席卷全球的今天,西方国家关于程序正义和法律程序的理论在很大程度上具有普适意义,其立法也能为我国提供有益借鉴,我国的行政程序法律制度的构建无疑会参考、借鉴一些国家和地区的理论和立法。但是,如何不局限于生硬的移植与照搬,而是将这些理论、立法与深嵌于社会文化土壤之中的非制度资源结合在一起,制定出适应现实需求的法律,发展出符合实际运作的理论才是需要我们深入探究的问题。

^①沈岍:《理查德·斯图尔特的启迪》,《光明日报》,2003-6-12。

^②(德)汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著,高家伟译:《行政法》,商务印书馆2002年版,第209~220页。

^③(德)汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著,高家伟译:《行政法》,商务印书馆2002年版,第140~146页。

^④转引自吕世伦主编:《当代西方理论法学研究》,中国人民大学出版社1997年版,第237页。