

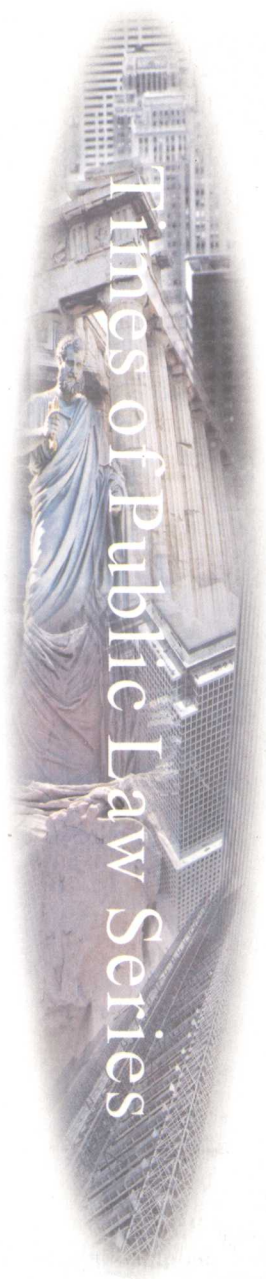


“公法时代”丛书

行政听证制度研究

Research on Administrative
Hearing System

章剑生 著



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS



“公法时代”丛书

行政听证制度研究

Research on Administrative
Hearing System

章剑生 著

Times of Public Law Series



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政听证制度研究 / 章剑生著. —杭州:浙江大学出版社, 2010. 1

(公法时代. 第3辑)

ISBN 978-7-308-07267-0

I. 行… II. 章… III. 行政管理—司法制度—研究—中国 IV. D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 242562 号

行政听证制度研究

章剑生 著

丛书策划 曾建林 张 明

责任编辑 张 明

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州求是图文制作有限公司

印 刷 德清县第二印刷厂

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 12.5

字 数 233 千字

版 印 次 2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-07267-0

定 价 45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591

法制建设与法学理论研究部级科研项目

“公法时代”丛书总序

胡建森

我们推出“公法时代丛书”，并非基于倾向“强化公权力并弱化私权利”，而是基于一种共识：“21世纪，是公法的世纪，因为在这个世纪里，公权力比私权利更需得到法的规制。”

虽然公法与私法本身的概念仍会让我们争论几百年，但划分其“界河”的工作与理论几乎可以往前推算近2000年。自古罗马的D. 乌尔比安(Domitius Ulpian, 约公元170—228年)以来，公、私法的划分几经沉浮，到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美法系，甚至一度与西方法制决裂的苏联东欧各国，在当代也无力抗拒公、私法的划分。

列宁曾经说过：“我们不承认任何‘私法’，在我们看来……一切都属于公法范围……”(列宁：《给德·伊·库尔斯基的便条》，《列宁全集》中文版第36卷，人民出版社1959年版，第587页)这种对“公法”过分的“好感”，我们又惯于接受。公法就是公法，私法就是私法；不能因公法否定私法，也不能相反。规范与约束国家公权力行为者为公法；引导市民善待自己人身权与财产权者为私法。没有善良的公法规则，任何私权可能会消失殆尽。

以公法为研究对象者称为公法学。公法学实与一国法治文明唇齿相依。J. 布丹(Jean Bodin, 公元1530—1596年)以《国家论六卷》首开近代公法学先河，经拿破仑法典编纂，法国确立了公、私法划分，率先进入法治国家行列。德国在19世纪中叶的欧洲无足轻重，公法学也姗姗来迟，到第二次世界大战以后，其公法学名家鹊起，臻于繁盛，德国遂能忝列法治强国之列。而德国纳粹政权、意大利法西斯统治以及拉美极权政府全盘否定公、私法

划分,终致法律沦为强权工具,国家与民众倍遭祸乱。

中国两千年来的“法制”总体为“诸法合体”,既无法律部门区分,更无公、私法划分。清末丁韪良移译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观,清末修律、北洋“立宪”,直至国民政府颁行《六法全书》,公、私法划分始告确立。废《六法全书》以后,中国也步苏联后尘,取消公、私法划分。改革开放以来,中国迎来法治春天;其中,公法性法规剧增,公法学英姿勃发,可喜可贺。

当下中国学界,“公法”内涵虽尚未定论,但“公法”有广义与狭义之分,乃是不争的共识。作为狭义的“公法”,仅指宪法和行政法;但从广义论之,还需将刑法和诉讼法等纳入其中。中国的“公法学”不再是几个公法部门的汇集,而是一种内在联系的外化。

“公法时代丛书”以推进中国的公法学与公法学的国际性比较为宗旨,以浙江大学公法与比较法研究力量为核心,以浙江大学“宪法与行政法”国家重点学科为载体,汇集中外公法力量,将一系列公法学研究方面的最新成果奉献给大家。

2005年8月,我们推出了第一批丛书。它们是《论公法原则》、《公权力研究》、《行政行为基本范畴研究》、《有组织犯罪新论——中国黑社会性质组织犯罪防治研究》。

2007年8月,我们推出了第二批丛书。它们是《世界宪法法院制度研究》、《世界宪法法院法选编》、《行政诉讼法修改研究》、《行政征收征用补偿制度研究》、《彩票业的政府管制与立法研究》。

2009年8月,我们推出了第三批丛书。它们是《法律适用学》、《行政听证制度研究》、《行政诉讼判决研究》、《中国禁毒法律制度研究》、《责任政府:从权力本位到责任本位》。

“公法时代丛书”是对中国“公法时代”的企盼!

2009年8月1日于杭州

目 录

第一章 作为协商性的行政听证	(1)
一、行政通过协商实现何以可能	(1)
二、协商性行政听证的内容	(3)
三、协商性行政听证的实现	(6)
第二章 行政听证制度的基本架构	(11)
一、作为行政程序核心的法律意义	(11)
二、行政听证制度的构成	(17)
第三章 比较法视野中的行政听证制度	(33)
一、共性：一个比较法的观点	(33)
二、差异：因域而异的行政听证制度	(38)
第四章 行政听证的简易程序	(67)
一、行政听证简易程序概说	(67)
二、行政听证简易程序构成	(71)
第五章 行政听证的一般程序	(79)
一、行政听证一般程序概述	(79)
二、行政听证一般程序构成	(83)
第六章 行政立法听证	(95)
一、行政立法概述	(95)
二、行政立法听证程序	(101)
三、行政立法听证程序的监督	(114)
第七章 行政处罚听证	(121)
一、行政处罚正式听证范围	(121)
二、行政处罚听证程序	(126)
三、行政处罚听证评述	(132)

第八章 行政许可听证	(135)
一、行政许可正式听证范围	(135)
二、行政许可听证程序	(142)
三、行政许可听证评述	(148)
第九章 政府价格听证	(150)
一、政府价格正式听证范围	(150)
二、政府价格听证程序	(155)
三、政府价格听证评述	(162)
第十章 行政听证个案实证分析	(166)
一、行政处罚听证案	(166)
二、政府价格听证案	(178)
参考文献	(194)

第一章

作为协商性的行政听证

行政听证的本质是行政机关在作出影响行政相对人合法权益的行政行为之前,与行政相对人进行协商的行政过程。现代民主政治的发展逐渐抹平了行政法律关系中行政机关和行政相对人之间不平等的特征,行政相对人的法律地位在现代行政法中获得了提升。在传统上的以“权力制约行政权”的单一监督模式之外,现在又发展出了“以权利制约行政权”的新型监督模式。行政听证作为一个“以权利制约行政权”的制度性平台,引人注目地凸现在行政程序之中,它构成了现代行政程序之核心。^①

一、行政通过协商实现何以可能

在一个具有浓厚且悠久专制传统的中国社会中,要人们接受“行政通过协商实现”之观念并非是件容易的事。因为在专制体制下,“任何社会势力,一旦直接使专制政治的专制者及其周围的权贵感到威胁时,将立即受到政治上的毁灭性的打击。没有任何社会势力,可以与专制的政治势力,作合理的、正面的抗衡乃至抗争,所以最后只有全民性的农民暴动”^②。中国清王朝以前的 2000 多年历史基本如此。1949 年以后,我们人民当家作了主人,但行政专制传统仍然没有因为新型社会制度的诞生而消除,人民受行政专制侵害的事件仍然时有发生。这是完全背离我们这个社会制度所阐明的基本宗旨的,其产生的后果也是令人心有余悸的。

然而,当“国家尊重和保障人权”的宪政思想浓缩成为一个宪法性条款之后,必然对我国现有的行政法学思想体系产生颠覆性的效应,由此产生

^① 行政法学界中曾有“没有行政听证就没有现代行政程序法”之观点,虽然有点偏颇,但多少也反映了行政听证在现代行政程序中的重要地位。刁荣华主编:《中国法学论著选集》,台湾汉林出版社 1976 年版,第 188 页。

^② 徐复观:《两汉思想史》(第 1 卷),华东师范大学出版社 2001 年版,第 91 页。

的力量必然波及整个国家行政机关的体制及其行政机关工作人员观念,进而一个制度上的变革就是行政听证在行政法领域的渐次确立,为行政通过协商实现提供了法律基础。它表现在以下两个方面。

(一)行政相对人的主体性地位

行政专制体制下的行政法将行政相对人当作可任意支配的客体,并消极地承受着行政权的效果。相应地,“传统的行政法学大多以行政权或行政机关的作用为主要研究对象,不重视行政相对方在行政过程中的作用”^①。但是,20世纪在法治相对发达国家中掀起的“行政程序法典化”运动对于改善行政相对人在行政法中的地位产生了非常积极的作用。它促使行政机关在作出行政行为之前,学会了与受不利影响的个人或者组织交换意见,就行政行为的具体内容进行协商,即行政听证。

我国虽然没有制定统一行政程序法典,但是行政听证作为一种行政法律制度已经在《行政处罚法》等法律、行政法规中得以确立。虽然行政听证的实际效果还有待于进一步验证,但是眼下行政机关层出不穷的“讨好”行政相对人种种措施,不管是否出于行政机关的真心实意,多少也反映了行政相对人在行政机关心目中日益高涨的法律主体性地位。^② 行政相对人的主体性地位为行政通过协商实现提供了主体条件。

(二)行政机关的尊重义务

在行政机关居高临下地统制社会的情形下,它与受统制的行政相对人之间是无法展开沟通、商谈的,甚至是多余的。行政相对人的权利被限制或者剥夺,都是由行政机关单方面决定的。形成这样的社会状态既有制度上的原因,也有观念上的因素。但是,从前述行政机关的各种“讨好”措施中所折射出的信息表明,这样的状态似乎正在发生一些“静悄悄的”转变。

行政机关负有尊重行政相对人的义务导源于宪法上的“国家尊重和保障人权”。宪法作为国家最高的法律,其规范约束了包括行政机关行政权在内的所有国家权力。^③ 在行政法领域中,“尊重”意味着行政机关不能随

① 罗豪才主编:《行政法学》(新编本),北京大学出版社1996年版,第99页。

② “讨好”行政相对人的措施最典型可能是许多地方政府“人民满意不满意”单位的评选活动,其他诸如行政文件的公开、主动联系人民代表听取意见、公布年度为民办实事的内容等也是“讨好”措施。

③ 《中华人民共和国宪法》第5条。

意地通过行政权影响行政相对人合法权益,即使这种“影响”具有实体法依据,如因公共利益的需要征收农村集体经济组织所有的土地,行政机关事先也应当听取行政相对人的意见。行政机关没有尊重行政相对人的义务,行政听证就不可能作为一种基本制度确立于行政法之中。所以,行政机关的尊重义务为其与行政相对人就行政展开协商提供了法律制度性保障。

二、协商性行政听证的内容

在“行政法是行政管理法”的年代里,我们也有类似于行政听证的管理方式,如征求群众的意见、召开座谈会等,但是,这种行政活动与行政听证大异其趣。这可以从协商性行政听证的内容中获得的佐证。协商性行政听证内容如下。

(一)出示行政的依据

行政机关的行政活动是其行政权的外在表现,就其内容而言,可以分为干预行政和给付行政。前者的行政活动对行政相对人的合法权益可能产生不利影响;后者的行政活动虽然给予行政相对人一种特定的利益,但是它也可能会影响公共财政的公平支付。无论行政机关实施哪一种行政活动,它们都存在着其合法权利受到不利影响的行政相对人。因此,必须通过行政听证给其表达自己意见的机会。

为了使行政相对人有针对性地进行抗辩,在行政听证之前行政机关应当将行使行政职权的依据出示给行政相对人,使行政相对人对行政机关的行政依据有一个基本的了解,从而使协商更具有针对性。这里需要进一步说明的问题有:

1. 合理的时间。即行政机关在举行听证之前的多少时间内出示行政依据。给予行政相对人一个合理的准备时间,有助于行政相对人充分实现行政听证权利。如果行政相对人事先不知道行政机关的行政依据,并且在事先没有针对性地对行政依据进行准备、核查,在听证过程中其必然处于信息劣势地位,他的听证权利也基本会流于形式。查我国现行的法律规

定,我们发现立法机关把行政机关出示行政依据的时间规定在“举行听证时”^①。这一不合理法律规定的后果,可能如同检察官当庭送达起诉书一样,使被告无法有效地行使辩护权。我国《行政处罚法》第31条规定:“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利。”这一规定似乎是行政相对人在行政机关作出决定之前可以知道“行政处罚决定的事实、理由及依据”,但“之前”是多少时间仍然交由行政机关裁量。因此,我认为应当通过立法明确规定一个时间,以确保行政相对人在行政听证之前有足够的准备时间。^②

2. 适当的方式。即行政相对人通过何种方式获得行政机关的行政依据。在行政机关作出影响行政相对人合法权益的最终行为之前,它已经通过行政程序获得了足够的事实、理由和依据。尽管行政机关在作出最终行为之前已经将“事实、理由和依据”告知了行政相对人,但是我国今天的实际问题是,在行政听证之前到达行政相对人手上的材料究竟是一份简单明了的“告知书”,还是一个卷宗副本的复印件?如果是前者,行政相对人是否可以到行政机关的办公地点去复制卷宗副本呢?在行政处罚听证实践中,行政相对人一般可以获得一份记载简要内容的“违法行为告知书”,而在其他行政听证中,这种简要的“告知书”制度也并不完善,更不用说获得相关材料的卷宗副本。因此,我认为无论属于哪一种行政听证,除国家秘密、商业秘密和个人隐私以外,已经成为行政依据的材料应当允许行政相对人取得卷宗副本的复印本。《政府信息公开条例》中的“申请公开”程序,在一定程度上可以弥补这一方面的制度性供给不足。

(二)展开平等的辩论

就双方的论点进行争辩是现代社会消解争议的一种基本方式,也是法

^① 《中华人民共和国行政许可法》第48条第1款第(4)项规定:“举行听证时,审查该行政许可申请的工作人员应当提供审查意见的证据、理由,申请人、利害关系人可以提出证据,并进行申辩和质证。”在这之前,根据该第47条规定,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利,没有证据、依据的事先告知。《政府价格决策听证办法》(2002年11月22日国家发展和改革委员会第26号令)第22条规定,政府价格主管部门至少在举行听证会10日前将听证材料送达听证会代表。从实际情况看,给听证会代表10天的准备时间还是不够的。

^② 美国联邦行政程序法也没有规定这样的期限。在审理戈德伯格诉凯利案件中,最高法院指出,在有关终止福利的审讯前7天给予通知就够了。当然,也许有些案件的通知期还应长一些才合理。一旦法律规定了期限,法院通常会依循立法机关所确定的标准。[美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第251—252页。

治社会解决法律冲突的一种常规武器。法律程序的设置是为了论辩能够通过和平的方式进行,因此遵守法律程序进行论辩将有助于争议获得有效的消解,至少可以遏制争议的恶化。然而,既然是争议双方就争点进行论辩,一个基本的前提是双方在法律地位上必须是平等的,否则处于优势地位的一方完全可以凭其实力压服另一方,从而强制性地“解决”双方之间的争议。

论辩的前提不是立场对立而是地位平等。专制体制下的行政官员因为体制的土壤而滋长出来的为官心态,习惯于将人民置于自身的对立面,并处处设防。如果他们能够尊重人民的基本权利,那么在这样的对立面约束下的专制行政极有可能渐变为法治行政。但不幸的是,置于对立面的人民主体性人格无论在法律上还是事实上长期受到了彻底的否定,人民成为专制行政体制任意支配的客体物。虽然这种现象所依赖的体制如今早已消灭了,但是当下中国抱有这种为官心态的人却并不少见,有时其暴露出来的情况还是相当严重的。他们视人民如同被驱牧的羊群,任意挥鞭支使。在这样的背景下人民如就争议想与其展开平等的论辩,简直是异想天开。令人欣喜的是,今天这种局面已经在发生变化,“以人为本”的施政策略正是这种变化的最大彰显。

平等的论辩需要有良好的法律程序预设双方平等的地位。这是程序公正题中的应有之义。因为,“任何社会冲突都包含着对某一社会公正原则的扭曲,因此,矫正这种现象必须有公正的意识、公正的评介和公正的力量”^①。虽然在行政法上行政机关与行政相对人之间存在着管理与服从的关系,但这种关系下确立的法律地位不能重置于行政听证法律关系之中。听证本身意味着行政机关就行政事务的处理与行政相对人进行协商的一种行政方式,而双方法律地位在听证程序中的平等性正是听证得以展开的基本前提。因此,有关的行政听证法律程序必须平等地分配双方的程序性权利和义务,必要时行政相对人可以享有更多的程序性权利,以平衡双方实际力量的不平等。

(三)给出充分的理由

行政机关在听取了行政相对人的论辩后作出的行政行为,应当附随充分的理由。这些理由通常应当是法律理由、事实理由和裁量理由。过去我们并不重视这个问题,“经研究决定……”往往是行政机关作出行政行为的

^① 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》(第2版),法律出版社2004年版,第53页。

主要模式。但是,在尊重和保障人权的宪政架构下,给出行政行为理由构成了行政机关行使行政职权的一项基本义务。“因为给予决定的理由是一个正常人的正义感所要求的。这也是所有对他人行使权力的人一条健康的戒律。”^①虽然附有充分理由的义务给行政机关制作行政行为增加了许多行政成本,但是这样的行政行为可能更容易为行政相对人所接受,从而免去了行政行为所做之后的诉讼、复议以及执行成本。不仅如此,行政行为附有理由可以让行政相对人在表述理由的字里行间透析出行政机关作出行政行为的逻辑过程,从而为行政相对人寻求司法救济提供依据。

我国过去在实现行政任务时经常是“强制执行”当头,这种过度依赖于强制实现行政任务的法制路径是一个需要反思的现实问题。在过去 20 多年的法制建设中,“强制执行”已经成为不能轻易质疑的“政治正确”。行政强制的确是恢复和稳定正常社会秩序的常规武器,比如强制拆房。单纯通过国家强制固然可以整合社会秩序,但是,我们很少看到以这种方式达成的长治久安的社会。就人类的经验而言,形成稳定社会秩序的路径是复数的,从国家强制必不可少的命题中,我们无法排除其他诸如传统、习惯、道德、风俗、文化、宗教等路径。而这些路径归根到底可以浓缩成两个字:说理。

然而在今天,行政需要说理并没有成为行政机关的“规定动作”。以前如公安机关那种格式化的“治安处罚裁决书”不能把最重要的“裁量理由”告诉行政相对人。一个不给出充分理由的行政行为可以把听证完全虚置,因为行政机关对行政相对人提出的观点无论是否采信都不需要说明理由,听证在很大程度上就质变为一种“走过场”。因此,给出充分理由作为一种程序机制,它可以促进行政听证发挥其固有的功能,从而实现协商行政的目的。

三、协商性行政听证的实现

“历史上法制的实质性进步往往是通过程序体系的发达和合理化才落实的,而现代社会中各种利益集团互较短长的多元格局更需要通过程序去折冲樽俎。现代市场经济的成功诀窍是优化选择机制的形成,公正合理的法律程序正是改善选择的条件和效果的有力工具。”^②所以,协商性的行政

① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 193 页。

② 季卫东:《当代法制建设的几个关键问题》,《中国法学》1993 年第 5 期。

听证需要行政机关和行政相对人首先要有一种理性的合作姿态,否则协商是无法展开的。理性的合作虽然没有消除行政机关和行政相对人之间的利益紧张关系,但是这种利益紧张关系更多是推进双方合作的动力,并最终为双方共同的目的——一个人的自由发展——所吸纳、化解。

(一) 沟通

沟通作为一种思想交流的方法,有助于消除沟通各方思想上的隔阂,在某一问题上达成一种共识,从而协调各自的行动。“理想的沟通情境是指人在相互沟通过程里,真诚地和正确地使用语言。遇到意见分歧的时候,讨论者并不倚靠权威或其他扭曲的手段去令对方接受自己的见解,而是双方信守着有效声称的规则,用论证支持自己的论点,通过反复讨论达成共识(consensus)。”^①以沟通获得的共识构成了社会稳定的基础,同时也是社会发展的动力源。一个隔阂重重的社会往往隐藏着深刻的社会危机,尤其是人民与代表国家的政府之间的隔阂更是如此。因此,在现代社会中,沟通作为一种消解社会危机的方法获得了政治社会学的推崇,并通过具体法律制度加以落实,如行政听证。

行政机关与行政相对人虽然在听证法律程序上处于平等的地位,但是在听证过程中行政机关的优势地位仍然是客观存在的。无论从掌握的信息还是人、财、物的支配,行政相对人都是无法比拟的。如果行政机关借助于自身的地位傲视行政相对人的话,那么这种力量上的悬殊客观上成为行政机关和行政相对人之间沟通的重重障碍。在实践中,行政机关与行政相对人难以沟通是因为代表官方的行政机关总是过于自信,总认为自己是正确的,而行政相对人是“自私自利的”。因此,对双方来说,如果希望通过沟通来实现协商性的行政,那么以下几点是否能够做到确实非常重要:(1)诚意。行政机关与行政相对人进行沟通时应当是出自内心的诚意。如果把沟通作为一种“缓兵之计”或者“投石问路”,都是不可能达到沟通目的的。行政相对人也不应该把行政机关的沟通意图看作是一种软弱的表现而提出苛刻的条件。(2)说理。当沟通产生分歧时,应当通过说理消解分歧,不得使用强制或者以强制作威胁,迫使对方接受自己的观点。沟通中分歧使沟通更显其重要性,而沟通本身隐含着说理的内容。如果不通过说理去消除分歧,最简单的办法就是诉诸暴力。在暴力消除分歧的过程中,沟通往往是多余的。(3)妥协。当说理不能服人的时候,妥协便是一种理性的选

^① 阮新邦:《批判诠释论与社会研究》,上海人民出版社1998年版,第36页。

择。如果在理屈词穷的情况下仍然要强词夺理,那么沟通就不可能再进行下去了。要达成共识,在这样的情况下最好的选择就是妥协。妥协不是被迫地退让与软弱,它是一种策略性的让步。

沟通是一种信息传递的基本途径。化解对立双方的争议需要相互取得对方的各种信息,诉讼中要求提交证据材料的做法其实也是一种信息的沟通。虽然我们不要求行政机关将所有与争议有关的信息和盘托出,但是行政机关也不能在沟通中做一些应付性的官样文章。比如,在沟通的具体方式上,应当更多地采用口头方式,而不要用冷冰冰的几行文字打发行政相对人;在沟通的具体内容上,应当更多地说出行政裁量的理由,而不是出示几条干巴巴的法律条文,让行政相对人回家“自学”。反过来,行政相对人应当在沟通中保持理性,追求私利的最大化无可指责,但是也要注意公益和他人的正当权益。眼下一些房屋拆迁的补偿商谈中,行政相对人漫天要价的现象并不少见。这种非理性的举动常常导致正常的沟通无法进行。因此,协商性的行政听证不是行政机关一方的单相思能够实现的,它需要双方的共同努力才能实现。就这一点而言,我以为虽然培植理性的公民是一个比较漫长的过程,但对于我们今天构建一个“和谐社会”来说确实是很重要的。

(二)透明

透明意味着行政听证是公开的,是可以让第三人观察、评介的一种行政过程,从而使行政机关、行政相对人以及关心这个行政过程的第三人在行政听证中产生一种“真”的信赖。透明的行政听证本质上是把行政听证的过程公示天下,使人们感到它所具有的不可轻易否认的服人的力量。“更进一步说,公开有助于向行政决定做出程序和行政决定自身依据的任何程序及所涉及实质性理由提出挑战。”^①如果沟通是实现双方之间信息的有效传递,那么透明则是让关注行政听证过程的第三人全面了解行政活动的一种制度性保障。

协商性的行政听证表面上看起来是行政机关和行政相对人之间的事,但是他们之间所协商的事务仍然涉及公共利益,与纯粹的私人之间事务所进行的协商有本质的区别。协商性行政听证之所以需要透明,仍是出于限制行政权的需要。公开是一种比较好的限制行政权的方式。“阳光是最好

^① Diane Longley and Rhoda James. Administrative Justice-Central Issues in UK and European Administrative Law, London 1999, p. 6.

的消毒剂,一切见不得人的事情都是在阴暗的角落里干出来的。”^①行政机关作为受人民委托行使公务的组织,虽然我们要求它“全心全意”地为人民服务,但是它作为一个系统的科层组织体仍然具有自身的利益。基于人的自利倾向,由个人组织起来的行政机关利用职权谋取利益的可能性是客观存在的。而行政相对人出于自身的利益在与行政机关沟通中,也可能会通过满足行政机关的私利使其自身利益最大化,结果使公共利益受损。所以,透明可以通过第三人的力量驱使行政机关和行政相对人合法地进行沟通。

透明也在于确认公民的知情权。公民权利在宪政体制下历来是一种限制国家权力的巨大力量,也是公民作为主体性人格所应当具有的基本条件。“政治和公民权利,特别是那些与保障公开的讨论、辩论、批评以及持有不同意见有关的权利,对于产生知情的、反映民意的政策选择过程,具有中心意义。”^②所以,民主法治国家中在宪法上承认公民的知情权并通过具体法律加以保障已经成为宪政体制中缺一不可的内容。我国在这个方面似乎是形式多于实质,多少影响了协商性行政听证的质量。

(三)合意

协商同意原本是私法精神的核心,在公法中因为公共利益的绝对优势地位导致了私法精神没有容身之地;以强制服从为核心的公法以议会产生的法律规范为依据,使得公共利益获得了最大限度的实现。以这样的公法精神指导下形成的社会秩序可以是稳定的,但也是缺乏活力的。现代社会中,这种单纯的“强制服从”缺陷日趋明显,如行政管理成本大幅度提高,行政机构激剧扩大,进而公民税负的加重等等。一个比较有效的改善办法是通过私法精神的导入,在行政机关和行政相对人之间展开协商,缓和传统公法下强制服从的张力。另一方面,在现代社会中因削弱国家权力而凸现个人的地位,也导致了个人主义的过度张扬。“协商过程是对当代自由民主中流行的个人主义和自利道德的矫正。因为个人自由和自治是自由社会的核心要素,所以,尊重、理解对共同体生活普遍关怀的需求是对自由民主加以平衡的需要。”^③所以,在不放弃公法的强制服从力量前提下,兼容私法上的协商同意精神,尽可能地在行政机关和行政相对人就行政行为的作

① 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第960页。

② [美]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任颐等译,中国人民大学出版社2002年版,第154页。

③ 陈家刚选编:《协商民主》,上海三联书店2004年版,第8页。