

法治海南战略研究文库

FAZHI HAINAN ZHANLUE YANJIU WENKU

海南经济特区法治战略研究基地

美国公告评论程序研究

内涵、制度和借鉴

钱于立◎著



中国科学技术大学出版社

法律外借

—— 法治海南战略研究文库 ——

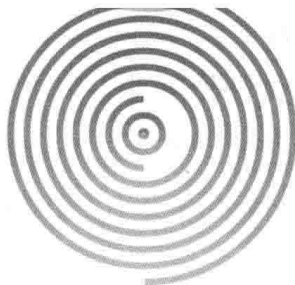
FAZHI HAINAN ZHANLÜE YANJIU WENKU

海南经济特区法治战略研究基地

美国公告评论程序研究

内涵、制度和借鉴

钱于立◎著



中国科学技术大学出版社

内 容 简 介

本书深入剖析了美国标志性的行政立法程序——美国公告评论程序在行政立法过程中的开放性发展内涵,追溯了其发展的历史性时刻、内部具体制度之间的功能性关系,以及促进和保障这些具体制度发挥有效作用的理论和实践基础。在此基础上,本书梳理了我国现行的行政立法程序自 1982 年“规章”概念纳入《宪法》以来,分别经历的一次开端、一次转折和一次高速发展,分析了其所具备的公告、评论的基本特征。最后以行政立法程序的中国实践为落脚点,选取 2015 年交通部“专车立法”作为典型案例,比较分析我国实践中的行政立法程序和美国公告评论程序之间的共性及差距,提出长期制度性借鉴和短期技术性借鉴两条实践性的发展路径。

图书在版编目(CIP)数据

美国公告评论程序研究:内涵、制度和借鉴/钱于立著. —合肥:中国科学技术大学出版社,2018. 5

ISBN 978-7-312-04260-7

I. 美… II. 钱… III. 行政法—立法—程序—研究—美国 IV. D971. 221

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 255114 号

- 出版 中国科学技术大学出版社
安徽省合肥市金寨路 96 号,230026
<http://press.ustc.edu.cn>
<https://zgkxjssdxcs.tmall.com>
- 印刷 合肥市宏基印刷有限公司
- 发行 中国科学技术大学出版社
- 经销 全国新华书店
- 开本 710 mm×1000 mm 1/16
- 印张 20.5
- 字数 379 千
- 版次 2018 年 5 月第 1 版
- 印次 2018 年 5 月第 1 次印刷
- 定价 88.00 元

序 言

还记得我给硕士生上课时，一个高瘦的男生课间总喜欢凑上来聊两句，不是问点什么就是说说自己的想法。后来熟识了，知道他自研究生毕业后，又去了澳大利亚，在那里拿了一个管理学方面的文凭，还在澳洲工作了一小段时间。他是浙江人，我便想当然地认为他是个不愁吃穿的富家子弟，想干什么就干什么。课快结束时，他问可否考我的博士，我觉得他有一定阅历，学位拿的也有点复杂，可能更有助于拓展挖掘，便应允了。后来他考上了，就正式成了我的学生。

在校读博三年，于立基本上是个宅男。他性喜安静，不善交际。为人貌似冷淡，其实是暖壶式的，外冷内热，对同门兄弟姐妹一片赤诚，毫无虚情假意。临离开学校前，还大哥哥一般地带一帮小弟小妹吃了一顿，在三里屯玩了一晚。到这儿，我想说的是，后来我知道了于立并非富家子弟，还因为觉得自己岁数不小了，不再好意思用父母的工资，因此他生活上是个很节俭的人，也不是喜欢各种玩乐的人。但他就像个兄长，早早地就已经想好了，也告诉了各位师弟师妹，要带他们去夜店玩一次，还要请他们吃一顿。看看他们一起笑逐颜开的样子，我真有了当家长的感觉，也对这个肯带小孩子的大孩子十分满意。当然，在读期间，于立也一直带着师弟师妹们每周举行一次读书会……

说这些，似乎不像是为一篇学术专著作序。但是我一直认为做人比做学问更重要。做人做得好，学问好便如虎添翼，做人做得不好，学问好倒可能会为虎作伥。

于立写作就像他待人，不是那种来得特别快的人。可他认真、细心，也有耐性精雕细琢。于立用的是第一手英文资料，如果仅满足于概况介绍，读

一两本英文图书便可，但对美国规章制定的公告评论程序进行研究，尤其是在已有诸多概括性介绍研究之后，这种超天的前期阅读量可想而知。

这本论著侧重于阐释美国规章制定公告评论程序的制度、发展和借鉴。对于我们国家的行政立法制度继续完善和发展有着重大的参考价值和借鉴意义。我无意复述内容，只想强调这是一本认真完成之作，希望行政法学人、法律人，在了解或者研究美国规章制定程序的时候阅读它。

刘 莘

于北京三木居

2018年1月5日

前 言

本书的目的是将美国联邦规章制定程序中关于公告、评论程序的核心内容,简要但尽量完整地呈现给读者,并为我国行政立法程序的发展提供比较法研究意义上的借鉴及方法。本书可以为有意学习美国行政立法程序的法科学生作理论铺垫,也可在行政立法实务工作中产生开阔视野、触类旁通的启发性作用。

本书的写作源于我对行政立法程序法治的关注。过去学界引入专家咨询、公众参与、立法评估、成本收益分析、协商立法等一批域外程序法观念以后,立法迟迟未能将其彻底转化、落实为具体有效的程序性规范。近年来,特别是在一些与互联网共享经济有关的新兴领域,我国行政立法实践呈现出重视立法草案意见征求、扩大公众参与范围的发展趋势,但同时也遇到如何解决公共利益内部分化等现实性问题,以及如何回复和处理大规模反对意见等技术性问题。因而我相信,从当代政府行政立法程序的发展源头——美国公告评论程序中去寻求启示一定是有价值的。

美国现今的公告评论程序绝不仅仅由公告、评论、颁布三个简单的步骤构成,而是一套完整的制度体系。这套制度在实际运行中存在一些负面效果,但至少行政机关与公众沟通的渠道是高度开放的,对大规模意见的处理能力是值得肯定的。因此,我希望本书对全方位地认识美国公告评论程序,妥善设计我们自己的程序法律制度起到一些帮助。

本书一定有许多不足,恳请师长、同行和广大读者不吝赐教、批评匡正。

钱于立

2018年1月16日

目 录

序言	(i)
前言	(iii)
绪论	(1)

第一篇 美国公告评论程序发展的内涵论

第一章 公告评论程序的界定	(10)
第一节 公告评论程序的定义	(11)
一、定义:规则制定中的非正式程序	(12)
二、双重内涵:法定性与开放性	(13)
第二节 联邦《行政程序法》第 553 条	(15)
一、公告、评论、颁布	(15)
二、立法目的:自我教育与程序裁量	(18)
小结 “现代政府的伟大发明之一”的基本启示	(22)
第二章 公告评论程序的发展	(25)
第一节 规模与现状	(25)
一、公告的数量与频率	(25)
二、工具箱式的制度体系	(27)
第二节 外部发展特征	(30)
一、社会规制性	(31)
二、阶段性:两次规制浪潮、两次规制改革	(33)
三、补充性与修正性	(38)
第三节 内部理论革新	(39)
一、理论起点:新政模式	(40)
二、重大发展:多元主义、捕获理论和行政机关的角色转变	(42)
三、里程碑式的转折:僵化理论	(48)
四、新的挑战:行政责任传统与民主回应的新需要	(51)

小结 制度发展体系的立法模式与发展动力	(55)
---------------------------	--------

第二篇 美国公告评论程序发展的制度论

第三章 行政机关理性分析能力的改善与补充	(58)
第一节 通用方法:成本收益分析	(59)
一、社会规制背景下的重新兴起	(59)
二、局限性与克服局限性	(61)
第二节 国会规制分析立法的发展及内容	(65)
一、第一阶段:实体性的规制分析立法	(65)
二、第二阶段:程序性的规制分析立法	(68)
第三节 总统规制审查程序的发展	(70)
一、理论前提:总统规制审查的有限权力理论	(70)
二、重要开端:环境影响报告制度	(74)
三、尼克松政府的过渡措施	(75)
四、福特政府、里根命令	(78)
第四节 克林顿总统命令第 12866 号	(79)
一、规制审查程序的范围	(80)
二、规制审查程序的运行	(85)
三、规制审查程序的公开	(93)
第五节 总统规制审查程序的质疑与回应	(95)
一、规制审查程序的质疑	(95)
二、回应:总统规制审查程序的合理性依据	(99)
小结 成本收益分析的程序性理解及相关经验	(103)
第四章 公众参与的扩大与补充	(105)
第一节 外部条件:混合程序的形成与经验	(106)
一、摆脱审判式程序的传统束缚	(107)
二、司法权与混合程序的扩张	(114)
三、立法权与混合程序的扩张	(120)
四、混合程序的构成要素	(125)
五、听证的美国法经验	(139)
第二节 外部条件:电子规则制定的形成与经验	(143)
一、概念演进:记录、电子摘要和电子规则制定	(144)
二、国会立法与电子规则制定	(150)

三、总统政策与电子规则制定	(155)
四、探索公众参与的新范式	(157)
五、应用新型数字技术的美国法经验	(167)
第三节 内部条件:规则制定记录的发展及内涵	(169)
一、传统意义上的记录	(170)
二、“完整的”规则制定记录:1971 年“奥弗顿公园案”	(171)
三、“重要的”规则制定记录:1973 年“波特兰水泥协会案”	(172)
四、“公正的”规则制定记录:1977 年“家庭影院案”	(175)
小结 内、外部程序性条件的重要性	(180)
第五章 行政主导性地位及对抗性的修正	(182)
第一节 理论特殊性	(182)
一、利益代表模型在规章起草阶段的缩影	(183)
二、合作治理模型的试验和前奏	(185)
三、与其他外部协商活动的本质区别	(189)
第二节 协商规则制定的实践及程序	(192)
一、协商修正实践中行政机关的推动作用	(193)
二、协商修正的基本程序及两大争议来源	(196)
第三节 协商修正“修正”了什么	(205)
一、弱化行政机关的控制地位	(206)
二、修正公告评论程序的对抗性	(211)
小结 协商合意的特殊价值及经验	(219)
 第三篇 借鉴与发展我国行政立法程序的路径论	
第六章 我国行政立法程序的发展水平	(222)
第一节 理论开端	(223)
一、规章是不是法的理论挑战	(223)
二、规章是不是法的程序性意义	(225)
第二节 备案、咨询程序	(228)
一、行政内部程序立法	(228)
二、备案、咨询程序的转折性意义	(230)
第三节 与美国公告评论程序发展的一致性	(233)
一、公开征求意见程序的发展	(233)
二、社会规制及其主导性地位的形成	(238)

小结 必须强制性普及公开征求意见程序	(242)
第七章 发展我国行政立法程序的有效路径	(244)
第一节 长期制度性借鉴	(244)
一、如何改善公开征求意见程序的理性分析能力	(245)
二、如何扩大公开征求意见程序的公众参与程度	(251)
三、协商规则制定的“不借鉴”	(258)
第二节 短期技术性借鉴	(261)
一、技术性借鉴的可行性	(262)
二、“专车立法”程序的技术性问题	(264)
三、行政立法程序的技术性借鉴	(277)
小结 第二次发展的优先性与积极性	(286)
附录一 2003 年美国总统管理和预算办公室公告评论程序	
規制路线图	(288)
附录二 影响美国公告评论程序发展的重要案例	(289)
参考文献	(309)

绪 论

目前,我国约有 46% 的部门规章草案实现了向公众公开征求意见程序,1/3 以上的部门规章属于社会规制范畴。^① 行政机关通过规章草案公开征求意见的形式实施行政立法程序的发展趋势至少在未来 5 年内还会不断发展^②,我国行政法规规章制定程序实际已完成美国公告评论程序已走过的 70 年发展之路。

法规规章草案向公众征求意见究竟意味着什么? 意味着行政立法情况会立刻变得有些复杂,行政机关的角色可能要发生转变:第一,评论可以是实质性的反对意见,其反对理由可能比行政机关的规章制定理由更加充分。第二,评论也可以是形式上的反对意见,没有实质性理由分析,但其数量极其庞大。例如极端情况下收到 400 万份评论意见^③,其中绝大多数既没有技术含量又缺乏数据支持,行政机关应当如何处理。第三,书面评论是否足以应对复杂的规章制定环境,哪些争议性问题值得邀请利害关系人参加听证并且相互提问,应当由行政机关还是法院来作出这样的决定。第四,是否应当保存和公开关于规章制定的事实、理由及所有原始公众评论意见,未及时保存或事后补充制作事实和理由记录的,公开征求意见是否还有意义。第五,如何利用最新电子数字技

① 相关数据来源及分析,参见第六章。

② 2015 年《法治政府建设实施纲要(2015~2020 年)》,第 9 条“完善政府立法体制机制……完善行政法规、规章制定程序,健全政府立法立项、起草、论证、协调、审议机制,推进政府立法精细化……完善立法项目向社会公开征集制度”;第 11 条“提高政府立法公众参与度……法律法规规章草案要通过网络、报纸等媒体向社会公开征求意见”。

③ 美国公告评论实践在非常罕见的极端情况下会收到 100 万份评论。但是在美国,拥有选举权的公民大约是 1.5 亿,相当于公告评论程序在最极端的情况下收到的评论仅占有选举权公民总数的 0.7%,相比之下选举美国总统的投票比例约为 50%,远远高于前者。参见:Coglianese R C, Coglianese C. Expanding Regulatory Pluralism: The Role for Information Technology in Rulemaking[R]. Working Paper, 2005. 因此从总人口上类推,我国人口 13.6 亿,美国人口 3.2 亿,理论上我国公告评论程序极端情况下也可以收到 400 万份以上的评论。

术处理行政立法程序中的信息管理事务^①。

以上问题源于行政立法程序的公众参与性及其负面实际效果之间的矛盾关系,以及如何处理这对矛盾的制度性方法。在美国公告评论程序 70 年的发展过程中,这些问题都发生过并且都已得到了不同程度的解决。

一方面,行政机关不是代议制机构,公开征求意见是行政立法合法性来源的唯一途径。以公告评论为基本框架的行政立法程序的目的之一,即应当促进公众提出实质性的反对意见,制约行政机关作出不合理的行政立法决定。因此,美国法中提出行政程序法公告评论框架的耐久性特征^②,认为现代规制性立法^③、利益集团理论^④应当获得更高程度的公众参与水平,行政机关在行政立法活动中应扮演裁判者、理性分析者等多重角色^⑤,非正式的公告评论程序的内容越来越复杂、正式化程度越来越高^⑥。

另一方面,高度的公众参与性也可能导致规制延迟和程序僵化^⑦,公共利益反而因为规章无法及时出台而遭受损害。20 世纪 90 年代以后,互联网和电子政府的出现又加深了公告评论程序的负面效果,越来越频繁的公民评论运动似乎脱离了公众参与的本质^⑧。

为了解决公众参与及其负面效果之间的矛盾,美国公告评论程序在 70 年的时间里不断进行自我完善,相关内容从最初仅由 377 个单词构成的联邦《行政程序法》第 553 条(以下简称“553 条”)发展成为如今庞大的公告评论制度体系。申言之:

① 例如 Cary Coglianese 教授认为,不论采取何种程序,当代行政机关规则制定的主要任务之一就是信息的收集、处理、分析与交流。这些信息来自政府内部或外部,以语言信息为基础,只能进行人工处理,从而造成大量的信息管理的时间与成本负担。但广泛有效的公众参与又是促进政府规制活动“可以感知到的合法性”的基础,因此新的信息处理技术例如电子政府可以帮助解决这个问题。参见:Coglianese C. E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process[J]. Social Science Electronic Publishing, 2004, 56(2):353-402.

② Allen W H. The Durability of the Administrative Procedure Act[J]. Virginia Law Review, 1986, 72(2):235-252.

③ Pierce R J J. APA and Regulatory Reform[J]. Admin. L. J. Am. U, 1996.

④ Sunstein C R. Interest Groups in American Public Law[J]. Stanford Law Review, 1985, 38(1):29-87.

⑤ Reich R B. Public Administration and Public Deliberation: An Interpretive Essay[J]. Yale Law Journal, 1985, 94(7):1617-1641.

⑥ Rakoff T D. The Choice between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation[J]. Administrative Law Review, 2000, 52(1):159-174.

⑦ Mcgarity T O. Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process[J]. Duke Law Journal, 1992, 41(6):1385-1462.

⑧ Mendelson N A. Foreword: Rulemaking, Democracy, and Torrents of E-Mail [J]. George Washington Law Review, 2011, 79(5):1343-1380.

第一,从20世纪80年代起就已建立了较为完善的规制分析程序^①、总统规制审查程序^②,运用成本收益分析等经济学分析工具^③,从而在公告评论程序的框架内,实质性地提高规章实施的公共利益效果;第二,扩大和补充公众参与制度,有条件地引入和限制混合程序立法^④,澄清混合程序与规制延迟之间的本质性区别^⑤;第三,确立规则制定记录制度,对规则制定记录进行规范化的分类管理,充分发挥公众参与的积极作用^⑥;第四,电子政府与公告、评论和颁布三个步骤相结合^⑦,将公告评论程序升级为电子规则制定这一特殊概念,开拓电子政府对公告评论程序的应用作为未来公告评论程序发展的重要空间^⑧;第五,适当使用协商规则制定程序,将协商规则制定作为“治愈”^⑨规制延迟和程序僵化的方法之一。

因此,美国公告评论程序发展至今,每年平均发布并接受总统管理预算办公室审查的重大规章就有500~700部,几乎每个月都会发生多部及5000条评论意见以上的规章制定^⑩,美国联邦行政机关在规章制定程序的公众参与环境中也积累了丰富的程序性操作经验。

① Rodgers W H J. Benefits, costs, and risks: oversight of health and environmental decision making [J]. Harv. Envtl. L. Rev., 1980.

② McGarity T O., Regulatory Analysis and Regulatory Reform[J]. Texas Law Review, 1987, 65(7): 1243-1333.

③ Adler M D, Posner E A. Rethinking Cost-Benefit Analysis[J]. Yale Law Journal, 1999, 109(2): 165-247.

④ Hamilton R W. Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: The Need for Procedural Innovation in Administrative Rulemaking[J]. California Law Review, 1972, 60(5):1276-1337. 这篇经典文献是1972年ACUS官方建议使用的理论基础,总结了20世纪60年代末社会规制兴起以后,联邦行政机关尚未完全从正式程序与非正式程序中掌握提高公众参与的正确方法。因此建议行政机关改变公告评论实践的公共参与方式,罗列了当时已经存在的7种旨在平衡正式与非正式规则制定程序的法律制度,其中混合程序就是与公告评论实践直接相关的一项措施。

⑤ Nielson A. In Defense of Formal Rulemaking[J]. Ohio State Law Journal, 2014, 43(7):553-557. 该文澄清了对20世纪70年代花生酱规制延迟案件的误解。

⑥ Lubbers J S. A Guide to Federal Agency Rulemaking [M]// A Guide to Federal Agency Rulemaking. American Bar Association, 2006.

⑦ Noveck B S. The Electronic Revolution in Rulemaking[J]. Emory Law Journal, 2004:433-434.

⑧ Coglianese C. Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future[J]. Duke Law Journal, 2006, 55(5):943-968.

⑨ Harter P J. Negotiating regulations: A cure for the malaise? [J]. Environmental Impact Assessment Review, 1982, 3(1): 75-91. 该文是1982年ACUS建议“82-4 Procedures for Negotiating Proposed Regulations”的理论基础。Harter教授在协商规则制定领域提出了一个重要概念——修正传统规则制定的“对抗性”,并将协商规则制定称为“治愈不适(A Cure for Malaise)”,即治愈因“对抗性”而产生的不利后果例如规章制度时间长、起诉率高等问题的有效方法。

⑩ 数据来源为美国联邦政府电子规则制定官方网站:https://www.regulations.gov/#! siteData(最后访问时间:2016年3月)。

反观我国行政立法程序的发展现状,同样是围绕公众参与及其负面效果的矛盾关系问题,无论是从理论还是实践出发,我国的行政立法程序均尚未做好充分准备。

首先,从理论上讲,学界在我国引入美国公告评论程序等相关概念的时间较早,但自身关于行政立法程序的理论发展则相对较为缓慢,缺乏深入研究,关注的焦点也多集中在与法律制度完善有关的基本问题上。从最早说起,至少于20世纪80年代中期,美国联邦《行政程序法》及其行政立法程序的核心概念“公众参与、公告评论”就已被准确翻译并进入我国行政法的理论视野^①。1995年,王名扬教授的《美国行政法》是我国第一部正式介绍美国行政程序法律制度的个人专著,对日后我国理论界关于美国行政程序法的认识具有很强的启发性。20世纪90年代末,刘莘教授已经指出美国行政程序法存在着变化和发展的问题^②。在专门的行政立法程序领域,也出现和提到过联邦行政程序法与其他国会立法、总统行政命令之间的补充性关系^③。例如席涛教授对成本收益分析的研究开始接近美国法上的内涵^④,高秦伟教授从司法审查的角度,介绍了20世纪70年代关于行政立法混合程序的相关案例^⑤,如著名的“佛蒙特扬基

① 20世纪80年代第一本美国行政法的译著中,已出现了美国规章制定程序的“公众参与”概念,《联邦行政程序法》第553条“简单到不能再简单”的非正式规则制定程序可能是我国学界最耳熟能详的美国法律制度之一。参见:徐炳,刘曙光.美国联邦行政程序法(续完)[J].环球法律评论,1985(3):74-80.伯纳德·施瓦茨,著,徐炳,译.行政法[M].徐炳,译.北京:群众出版社,1986:152.

② 刘莘.美国行政程序法概念辨析[J].行政法学研究,1999(2):82-89.该文提出“人们在研究美国《联邦行政程序法》的时候,总是将其看成是完美无缺的……实际上,美国的联邦行政程序法自它诞生的那天起,就在不断地接受美国行政法发展对其提出的挑战”,这一观点对APA的耐久性、灵活性和发展问题的理解非常到位。

③ 张千帆.美国行政立法程序的模式选择与变通[J].浙江学刊,2006(6):133-141.该文代表了2000年以后,我国学者对公告评论程序的理解加深,开始涉及一些新概念,提到立法性规则的制定与裁决、解释性规则的关系。

张千帆.行政自由裁量权的法律控制:以美国行政法为视角[J].法律科学(西北政法学院学报),2007,25(3):105-116.该文认为司法任意性审查标准对行政裁量的限制,以及“除了行政程序法和实体授权法之外,不下18项国会立法或行政命令要求行政机构在制规过程中考虑各种因素”,这一认识与公告评论的发展问题非常接近。

④ 席涛.监管体制框架分析:国际比较与中国改革[J].国际经济评论,2007(3):23-28.该文从监管的静态法律框架角度认为应当重视体系性,原则性地提出制定法律应当纳入经济环境等影响力分析,政府要加强成本收益分析,指出类似美国法上法律规定的影响分析与总统的制规审查不同。

席涛.监管体制框架分析:国际比较与中国改革[J].国际经济评论,2007(3):23-28.该文较早提出了总统制规审查与成本收益分析的关系的认识。

高秦伟.美国规制影响分析与行政法的发展[J].环球法律评论,2012,34(6):97-115.该文谈及McGarity教授所提到的对尼克松开始总统制规审查的发展问题,认为不能因为行政程序法的颁行就放弃对行政程序的整合。

⑤ 高秦伟.程序审抑或实体审:美国行政规则司法审查基准研究及其启示[J].浙江学刊,2009(6):147-155.该文论及20世纪70年代混合程序的一系列案件,提到“行政规则被美国学者称为现代政府最为伟大的发明之一”,以及“我之所以将1970年代以及往后的时间称为‘非凡年代’,是因为这个时候美国的社会发生了巨大的变化,行政领域中科学、技术事项越来越多”,这两个特别提法已经非常接近公告评论发展的关键问题了,也是我国学界较早正式使用这种说法的论文文献。

案”“国营农场案”，“僵化”概念也于2014年同时出现在关于行政立法的审查理论之中^①。沈岍教授最早涉及协商规则制定的理论研究，但主要以介绍协商作为行政程序的一般性意义为主，并未挖掘协商规则制定更深层次的内涵^②。此外，成本收益分析、评估、信息公开、协商对话、透明政府等现代政府理念不断涌入，已成为目前行政立法理论和实务中公认和常见的概念^③。

虽然美国公告评论程序较早地进入了行政法学的研究视野，但关于我国自身行政立法程序的理论发展并未因此而发生大的转变，传统上仍然集中于对基础程序性问题的讨论，例如立法结构^④、功能^⑤、目标模式^⑥、立法模式^⑦、法典化^⑧等。2000～2003年，学界提出了行政程序法统一立法的问题，关于行政程序法的立法模式成为当时的理论焦点。例如从立法目标模式上看，将早期欧洲国家的行政程序法视为“效率模式”，美国行政程序法则被视为“权利模式”，而我国应当构建的是“权利效率并重模式”^⑨；从外部表现形式上看，立法模式也

① 巴哈提牙尔·米吉提. 美国行政立法司法审查标准的选择及对我国的启示[J]. 甘肃社会科学, 2014(4): 190-193. 该文比较完整地认识到戴维斯教授将之(553条)誉为现代政府的一项伟大发明的原因, 也提到两个关键案例——“佛蒙特扬基案”“国营农场案”, 以及 McGarity 教授的僵化概念。

② 沈岍. 关于美国协商制定规章程序的分析[J]. 法商研究, 1999(2): 83-91. 以 Harter 教授、Coglianese 教授和 Funk 教授的观点为基础, 该文认为协商规则制定程序对我国行政立法程序有所启示。

张力. 走向共识: 美国协商行政立法的兴起与发展[J]. 行政法学研究, 2012(4): 117-123; 130. 该文介绍了对 Harter 教授的对抗性、行政主导地位的认识, 以及基本协商规则, 也引用了 Lubbers 教授对近年来协商衰落的原因分析, 是一篇对规则制定程序的介绍比较中肯的文章。

蒋红珍. 治愈行政僵化: 美国规制性协商机制及其启示[J]. 华东政法大学学报, 2014, 17(3): 63-75. 该文从我国借鉴的角度切入, 提到了“其往往只是公告评论式规章制定程序的补充……一旦达成共识, 形成拟议规章草案发布之后, 后续的程序就衔接于传统‘公告-评论’程序”, 这个认识是正确的, 也非常接近公告评论实践发展的观点。此外也提到行政僵化、混合规则制定等概念。但是以上两篇文章侧重协商规则制定的现象描述, 缺少具体借鉴。

③ 集中体现在国务院先后四次作出的关于依法行政和法治政府建设的规范性文件中, 分别是: 1999年《国务院关于全面推进依法行政的决定》第4条, 2004年《全面推进依法行政实施纲要》第2条, 2010年《国务院关于加强法治政府建设的意见》第7条, 2015年《法治政府建设实施纲要(2015～2020年)》第9～11条。

④ 应松年, 马怀德. 我国行政程序立法结构[J]. 行政法学研究, 1996(3): 55. 该文可能是理论界最早的一统行政程序法的结构大纲, 但并未突出行政立法程序。

⑤ 湛中乐, 王敏. 行政程序法的功能及其制度: 兼评《行政处罚法》中程序性规定[J]. 中外法学, 1996, 8(6): 16-22. 该文认为行政程序具有限制公权力、缓解当事人矛盾、可接受性、行政效率四个功能。

⑥ 黄学贤. 行政程序法的目标模式及我国的选择[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 1997(2): 43-47. 该文认为我国应当采取公正为主、兼顾效率的目标模式; 所谓设置标准也有类似内涵。

杨伟东. 行政程序设置的标准及程序法律化的意义[J]. 河南大学学报(哲学社会科学版), 1997(3): 52-57.

⑦ 姜明安. 我国行政程序立法模式选择[J]. 中国法学, 1995(6): 43-47. 该文认为应当从目标、法体(统一、单行或与实体规则相结合)、制度(听证、公开、职能分离、单方面接触等)三个方面作出立法模式选择。

⑧ 杨海坤. 行政程序法典化: 中国法制现代化的重要课题[J]. 法制现代化研究, 1995, 1: 277-296.

⑨ 应松年. 《行政程序法(试拟稿)》评介[J]. 政法论坛(中国政法大学学报), 2004, 22(5): 23-28.

应松年. 中国行政程序法立法展望[J]. 中国法学, 2010(2): 5-26.

有单行法律与统一法典编纂之分^①,或者实体性与程序性内容的“立法架构”^②之分;还有一种被称为“先地方、后中央”^③的立法思路似乎也可以称为立法模式;最后,从更一般的意义上说,我国行政程序立法模式应当为“控制行政权力”模式^④。总之,以上基础性程序问题的讨论并不会对行政立法程序本身的规范性建设产生较大影响,行政立法程序的具体内容是被忽视的。

近年来,对行政立法程序的理论认识有所转变,但多以介绍外部特征的比较研究为主,很少关注美国公告评论程序的完整内涵,也很少对我国行政立法程序直接提出具体的实质性建议。例如,成本收益分析是近年来行政法学的热门概念,但主要侧重于对其经济性和实体性内涵的介绍:在经济性内涵上,表现为成本收益分析的经济学起源、量化分配等经济学分析方法的内在缺陷^⑤、技术性方法^⑥,或是从成本收益分析的性质和功能上阐述其经济学上的意义^⑦,也很早就已将其运用到对经济规制制度的分析中^⑧;在实体性内涵上,多将成本收益分析视为制度改革的实体性理由^⑨。总之,这些理论研究都没有将成本收益分析放在行政立法程序建设问题上展开讨论。又例如,听证是我国关于公众参与问题的主要研究对象,但大多侧重于听证的实体性内涵,例如通过什么样的实体性标准,让什么人通过什么方式参加听证^⑩。相应地用以提高公众参与的解决方法大都集中在听证程序等外部条件^⑪,并没有意识到发展有效听证的前提应当是先发展规则制定记录制度。再例如,协商立法或协商规则制定是一

① 章剑生. 中国行政程序立法问题研究(三篇)[J]. 甘肃社会科学, 2006(5): 154-158.

② 王万华. 行政程序法的立法架构与中国立法的选择[J]. 行政法学研究, 2005(2): 15-23.

③ 王学辉. 先地方后中央: 中国行政程序立法的一种思路[J]. 现代法学, 2003: 151.

④ 周安平. 行政程序法的价值、原则与目标模式[J]. 比较法研究, 2004, 18(2): 140-148.

⑤ 赵雷. 行政立法评估之成本收益分析: 美国经验与中国实践[J]. 环球法律评论, 2013(6): 132-145.

⑥ 蒋红珍. 政府规制政策评价中的成本收益分析[J]. 浙江学刊, 2011(6): 136-144.

⑦ 刘权. 作为规制工具的成本收益分析[J]. 行政法学研究, 2015: 135.

⑧ 金子寿, 刘鹤麟. 金融监管的成本收益分析[J]. 财经理论与实践, 2001(s1): 2-4.

⑨ 刘权. 作为规制工具的成本收益分析[J]. 行政法学研究, 2015.

沈克勤. 成本收益视角下的行政审批制度改革[J]. 浙江金融, 2003(9): 30-31.

⑩ 马怀德. 论听证程序的适用范围[J]. 中外法学, 1998, 10(2): 9-17.

毛原. 论听证及其在我国行政立法中的运用[J]. 行政法学研究, 1999(3): 33-37.

章志远. 价格听证困境的解决之道[J]. 法商研究, 2005(2): 3-12.

⑪ 杨建顺. 行政立法过程的民主参与和利益表达[J]. 法商研究, 2004(3): 6-13.

代水平. 行政立法公众参与的集体行动困境[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2011, 41(5): 141-145.

朱芒. 论我国目前公众参与的制度空间: 以城市规划听证会为对象的粗略分析[J]. 中国法学, 2004(3): 50-56.

王锡锌, 章永乐. 我国行政决策模式之转型: 从管理主义模式到参与式治理模式[J]. 法商研究, 2010(5): 3-12.

胡延广. 论行政程序中的公众参与保障机制[J]. 河北法学, 2011, 29(4): 105-110.

个时髦的概念,但目前除了直接对美国协商规则制定进行制度性介绍具有一定的积极意义以外^①,其他关于协商规则制定的外部协商咨询性、沟通性等问题的讨论^②,其实多少都偏离了美国法上协商规则制定的真正内涵。

其次,从实践看,行政程序主要体现在行政处罚、行政许可等个案听证方面,行政立法程序则发展较缓慢。2000年颁布的《立法法》虽然解决了行政立法的权限、法律适用等重要问题,但并未对法规规章的立法程序作出详细规定。随后在2003年左右的行政程序法统一立法热潮中,出现了多份关于统一行政程序立法的试拟稿^③,旨在对法规规章制定程序作出统一规范。国务院也于2001年颁布《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》,对行政法规规章的公开征集意见程序作了明确规定。但此后行政立法程序就再无新的发展,基本停留在国务院上述两部行政法规所确定的框架之上,至今没有出现正式的修改或补充。2008年以后,地方行政程序立法重新受到重视^④,但在行政立法程序中仍然缺乏较有新意的地方立法实践。

立法实践不足对应的是有限的适用法规规章制定程序的规模和行政机关的实践操作经验。例如与美国法上每年500~700部重大规章制定、修改及其公开征求评论意见相比,在所有国务院拥有或曾经拥有规章制定权的行政机关中,自1980年起至2015年年底共制定、修改和废除部门规章仅8582次,最活跃的行政领域分别是交通运输、工业管理^⑤、卫生、质监、环境保护、食品卫生、药品管理,这些社会规制机关制定、修改和废止部门规章次数2249次(26%)。^⑥又例如,国务院行政法规规章制定程序于2001年颁布,但国务院法规规章草案征集系统可以查到最早一份规章草案公开征求意见显示的时间是

① 张力. 走向共识:美国协商行政立法的兴起与发展[J]. 行政法学研究,2012(4):117-123;130.

② 肖北庚. 行政决策听证制度之民主性困境及突围[J]. 广东社会科学,2010(5):177-183.

肖北庚. 论协商民主在行政决策机制中的引入[J]. 时代法学,2009,7(5):14-16. 该文认为协商本质上是充实公众参与权。

杨解君,张治宇. 论行政立法中的沟通与协商[J]. 行政法学研究,2006(3):1-8. 该文认为改善行政立法的沟通协商机制应当从公开、参与、听证、协商四个方面入手,协商与前三者都属于一般性的公众参与程序。

③ 皮纯协. 行政程序法比较研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2000. 该书是我国学界产生的第一份关于行政程序法的立法建议稿,但其中在抽象行政行为一章中除“必要时公开征求意见”规定外其他均为内部程序。在此以后,分别又出现了2002年姜明安教授主持的北大版试拟稿、2003年法工委拟制的专家建议稿第11稿及2004年应松年教授主持的政法版试拟稿。

④ 应松年. 中国行政程序立法的路径[J]. 湖南社会科学,2008(6):68-68.

王万华. 法治政府建设的地方程序立法推进:制定《北京市行政程序条例》的几个问题[J]. 法学杂志,2015,36(8):14-25. 该文指出这是我国出现的首部以地方性法规的形式制定的地方行政程序立法。

⑤ 主要包括电力煤矿化学石油能源生产与职业安全防护方面的规章。

⑥ 交通运输862次,工业管理484次,卫生416次,质监175次,环境保护171次,食品卫生86次,药品管理55次。数据来源:北大法宝。