

公众参与行政立法的理论思考

刘小妹

(中国政法大学法学院,北京 100088 博士研究生)

摘要:参与式民主理论和民主行政理论的兴起是行政立法发生的理论背景;公众参与行政立法既直接构建了行政立法的正当性,又通过增强行政立法有效性的方式应验并强化行政立法的正当性;获得“正当性”的行政立法具有扩张性,若没有公民参与权的制约以及立法权、司法权的监督审查,不仅不会促进公民权利的保障,反而会挑战行政立法的合法性原则,侵犯公民权利。

关键词:参与式民主;公众参与;行政立法

中图分类号:DF3 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-0078(2007)02-040-07

行政立法是复杂而多歧的概念。^①本文所界定的行政立法,以《立法法》为依据,仅包括行政法规和规章。在现代社会,一方面随着行政权力的膨胀与扩张,行政立法普遍而活跃地存在着;另一方面由于民主制和三权分立理念深入人心,无论行政立法多么广泛地存在,都无法消除人们的疑问:“行政机关何以能够为人民立法?”^②我们可以将此分解为一系列问题:作为现实存在的行政立法是如何发生的?如何构建行政立法的正当性?具备了正当性的行政立法对传统权力结构会带来什么样的冲击?以及这种冲击对公民权利保障的影响如何?对这些问题的思考和回答始终是围绕着民主和参与这两个核心范畴展开的。

一、行政立法发生的理论背景

基于代议制民主理论,行政机关的立法权必须来自民意代表机关的授权或委托,这是行政立法正当性与合法性的惟一依据。只是这种转委托,民意的成分相当微弱,不能排除行政立法违背民意的极大可能性;同时,对扩张了的行政立法权的制约和监督亦不够有力。为回应这个困境,有两条可行路径:一是,通过法律保留原则、违宪审查制度、禁止再委托等措施严格控制 and 监督行政立法;二是,创建新的民主理论和行政理论支撑行政立法,既为行政立法构建新的正当性来源,又给行政立法配置了充满活力的新的制约力量。

(一)参与式民主理论的兴起

民主理论的兴起,最早开始于对代议制民主及其多数决原则的反思与批判。当时美国斯坦福大学的教授肯尼斯·阿罗,他是1972年诺贝尔经济学奖的得主,他以精确的数学推演

① 已有学者作缜密的梳理和阐释。参见刘莘:《行政立法研究》,法律出版社2003年版,第3—6页。

② 曾祥华:《公众参与是行政立法正当性的基础》,载《理论与改革》2004年第5期。

和严密的逻辑论证,揭示了多数决原则的虚假性,同时提出了著名的阿罗“不可能”定理。^①多元主义民主论者罗伯特·达尔用社会学的方法分析了多数决原则可能带来的专断性,进而反思“永久多数的问题”,论述了自治的社会组织的存在对于民主政制的重要性。^②柯尔更为彻底,他通过否定代议制民主理论假定的前提“意志和利益的可代表性”来置疑代议制民主,认为“真正的民主政治不应当在单独的、无所不能的议会中去寻求,而应当在各种有调节的职能的代表团体这种制度中去寻求。”^③这些强有力的批判虽然侧重点各不相同,但都基于对实际生活中民主实现方式的敏锐观察,表达了对民主向社会和民众渗透的认同和支持,认为民主不是简单的多数决原则,而是通过商谈处理公共事务的一种社会生活方式。借用宪政学者史蒂芬·霍姆斯在谈论言论自由的重要性时的一句话:“民主就是通过公众讨论来进行统治,而不仅仅是贯彻多数派的意志。”^④

参与式民主理论的出现是与政权结构和社会结构的变化相适应的。政权结构的变化是指20世纪以来发生的从“议会主权”型政府向“行政主导”型政府的转变。代议制民主能比较完满地体现人民主权原则的前提是议会主权下议会对行政的强有力控制。而行政主导型的政权构架模式显然已经突破了这个前提。改革开放以来中国社会结构的变化,^⑤特别是非政府组织(NGO)的崛起,对“代表制”民主理论构成了有力的挑战。在国家——社会的一元结构下,由于缺乏同国家权力抗衡的自治组织或团体,国家就会通过层层官僚机构将偏离于公共利益的强权意愿直接贯穿到社会底层。^⑥自治组织的出现消解了国家权力对社会权利的垄断,同时也改变了对民主的传统理解。此外,信息技术尤其是互联网的发展,突破了地域制约的瓶颈,为参与式民主提供了便捷和廉价的商讨平台。

(二) 民主行政理论的生发

行政理论以国家理论为背景。不同于自由主义思潮盛行的时代,现代国家一改消极的守夜

① 阿罗采用数学的公理化方法对通行的投票选举方式能否保证产生出合乎大多数人意愿的领导者或者说“将每个个体表达的先后次序综合成整个群体的偏好次序”进行了研究。他得出了一个振聋发聩的结论:绝大多数情况下是不可能的!更准确的表达则是:当至少有三名候选人和两位选民时,不存在满足阿罗公理的选举规则,而且随着候选人和选民的增加,“程序民主”必将越来越远离“实质民主”。参见《票选民主与阿罗不可能定理》,大樽树下网;《阿罗“不可能”定理理论民主的不民主性》,http://cnc.bitunion.org/viewthread.php?tid=174120。

② 参见[美]罗伯特·A·达尔:《多元主义民主的困境——自治与控制》,周军华译,吉林人民出版社2006年版,第77—78页;《现代政治分析》,上海译文出版社1987年版,第24页。达尔认为民主并不意味着由大多数人在某个政策的制定上能够通过政治体系形成一致的决定,而是各种利益集团、社会组织能够参与决策过程,分享决策机会,通过讨价还价而做出决策的稳步的妥协过程。

③ [英]道格拉斯·柯尔:《社会学说》,商务印书馆1959年版,第70页。转引自陈炳辉:《20世纪西方民主理论的演化》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)1999年第3期。

④ 转引自尹明耀:《民主政治的基本特征》,http://yinmingyao.blogchina.com/2252269.html。

⑤ 关于中国社会结构的变化及其对行政法的影响的详细论析,参见张树义:《中国社会结构变迁的法学透视》,中国政法大学出版社2002年版。

⑥ 周安平:《社会自治与国家公权》,载《法学》2002年第10期。

人角色,开始主动关怀公民的生存状态,因为现代人的生活已无法自给自足,而必须于社会“取用”生存资源,国家便是最终的取用对象。^①基于“生存照顾”的国家义务,兴起了“福利国家”的理论。同时与国家理论的发展相对应,现代国家中行政所负担的任务也发生了变化。以1938年德国法学家厄斯特·富斯多夫的《当成是服务主体的行政》一文的发表为标志,“服务行政”理论日益占据主导地位。^②随着“生存照顾”、“福利国家”、“服务行政”等观念的提出,公民对政府的期望越来越明确,即公共行政必须进一步趋向民主化、公开化和保障公民权利。基于此,20世纪70年代引发了关于“统治”与“治理”的讨论。统治理论强调政府权威,治理理论则注重参与式民主,主张公民通过直接参与公共事务的管理来实现自身权利的最大化。这种参与型的治理模式塑造了一种新型的政府与公民关系:首先行政机构的角色应由管理者向服务者转变;其次政府与公民之间应是契约关系;再次政府是开放型政府;最后,政府与公民之间理应存在一种责任关系。^③据此,“行政法的任务不再限于消极保障人民不受国家过度侵害之自由,而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的行政理念,积极提供各阶层人民生活工作上的照顾”,^④这种性质的行政过程应听取公民意见,“将行政置还于公众——它从其中产生,并且其活动亦是面向他们之中。”^⑤于是,行政理论与民主理论的发展在“民主行政”这里合流。

综上所述,在当代民主以及公共行政理论发展的进程中,加强公民参与和实现行政民主化正在成为新时代公共管理改革的发展趋势。^⑥在公共行政领域内,行政立法是社会利益的一次再分配过程,具有很强的政治性,因此行政立法较任何其他行政行为都更应该强调民主的价值取向,提倡广泛程度的公民参与,实现公共管理的民主化。

二、公民参与:构建行政立法的正当性

行政立法的出现对传统的三权分立制衡的宪政框架提出了挑战。^⑦行政立法具有准立法的性质却又以行政的模式运作,这使行政机关运行体制与行政立法的民主性形成内在的紧张关系,该关系的调和直接涉及行政立法存在的正当性。^⑧行政立法中的公众参与是调

① 参见陈新民:《公法学札记》,台湾三民书局1993年版,第50—52页。

② 参见陈新民:《公法学札记》第三篇:“服务行政”及“生存照顾”概念的原始面貌——谈富斯多夫的“当作服务主体的行政”,台湾三民书局1993年版,第46—90页。

③ 卢雷:《宪政治理与公民参与》,载《江南大学学报》(人文社会科学版)2004年第2期,第34页。

④ 黄锦堂:《行政法的概念、性质、起源与发展》,载翁岳生主编:《行政法》,台湾翰芦图书出版有限公司1998年版,第67页。

⑤ 参见[美]加布里埃尔·A·阿尔蒙德、西德尼·维伯:《公民文化》,徐湘林译,华夏出版社1989年版,第247页。

⑥ 新公共行政学派、公共选择学派与黑堡宣言学派都不同程度地主张民主行政。

⑦ 美国行政法学家伯纳德·施瓦茨认为:“由于当代复杂社会的需要,行政法需要拥有立法职能和司法职能的行政机关。为了有效地管理经济,三权分立的传统必须放弃。”参见[美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第6页。

⑧ 行政立法的正当性指行政立法在制定法之外的存在基础,一般指行政立法在政治学上的依据,相当于行政立法的合理性。我国也有一些学者称其为行政立法的“合法性”。为了强调行政立法的政治性,并与行政立法的合法性相区分,本文使用了“正当性”的表述。

解这一紧张关系的核心制度。一方面公众参与直接构成了行政立法正当性来源,另一方面通过公众参与增强行政立法的有效性,该有效性反过来又应验并强化了行政立法的正当性。

(一) 公众参与与行政立法的正当性

行政立法是制定普遍适用的规范的行为,属于形式意义上的行政行为而实质意义上的立法行为。立法权的正当性源于民主。传统的理解是:“除非基于他们的同意和基于他们所授予的权威,没有人能享有对社会制定法律的权力。”^①但正如前文所述,代议制民主本身的正当性已遭遇了诸多的实质性批判,若行政立法仅依据立法机关的授权委托,其正当性更是飘虚无力。因此,我们要为大量存在的行政立法注入新的正当性来源,即公民参与。

第一,根据民主国家的宪政原则和法治社会的基本要求,凡影响公民权利义务的,理应征得公民的同意。参与便是公民有效表达意愿的方式,“公民参与是一切社会和国家事务决策的合法性基础”。^②因此必须以公众参与来弥补行政立法民主性的不足。如美国学者萨默斯曾指出的,参与意味着公民能主宰自己的命运,“在民主社会里,大多数公民宁愿自行管理自己的事务,哪怕做得不好也不愿让别人管理自己的事务,即使后者做得更好。”^③

第二,从运行机制看,行政机关实行首长负责制,这与行政立法要追求的公共利益最大化存有差距甚至可能背离。一方面,要在行政立法中反映公众意志,“我们不能把希望寄托在行政机关不与公民广泛讨论的情况下能自觉、先觉地表达公民的真实意愿”;^④另一方面,如果没有畅通的信息渠道,行政机关或行政人员即使有公正的品质,也难以凭借主观愿望表达和决定各种复杂的利益诉求、公正地协调和平衡各种利益。因此,只能从程序入手,给予利害关系人民主参与的机会,让各方的意见和利益都能得到表达。这样,通过赋予行政立法程序中更多的民意成分来保证行政立法对利益调整的公正性。

第三,与权力机关的立法相比,行政立法具有简便、及时、高效的特点,为此必须赋予行政机关很大的自由裁量权。根据人民主权和权利本位的政治理念,扩张了的行政权应当有与之匹配的力量予以制约。从制约权力的宪政框架来看,这种力量无非三个来源,那就是立法权、司法权和公民权利,其中公民权利是整合于并通过公众参与行政立法的方式表达的。本文的第三部分将对此予以详细阐释。

(二) 公众参与与行政立法的有效性

一般而言,行政立法的有效性主要体现在:一是行政立法的实效性,即法律的可执行性;二是行政立法的及时性,即行政效率。公众参与行政立法能促进行政立法的实效性,但与行政效率之间却存在紧张关系。限于论旨,本文使用的有效性专指行政立法的实效性。

法律的好坏只从法律本身是无法得到正确答案的,只有适合实际情况的法律才是好的法律,^⑤法律要得到遵守,必须先被人们理解和认同。

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第82页。

② 房震:《现代西方民主、法治与宪政发展及相互关系的梳理》,http://www.legaltheory.com.cn/。

③ 陈瑞华:《通过法律实现程序正义——萨默斯“程序价值”理论评析》,载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑,第197页。

④ 参见沈荣华、周传铭:《中国地方政府规章研究》,上海三联书店1999年版,第132页。

⑤ 朱景文:《中国立法的公众参与机制》,载中国公众参与网。

首先,公众参与可以促进公众对法律的理解。理解法律是遵守法律的前提,一个法规无论逻辑上多么周密,专业上多么完美精致,如果难于理解,也只能被束之高阁,在实际生活中难以发挥作用。即使强制执行,亦实效不佳。公众参与行政立法恰恰是弥补法律内容过于专业化、脱离群众的缺陷的一个良方。因此,虽然现代行政的复杂性、专业性为公众参与行政立法造成了一定的困难,但不能以专业知识的欠缺作为排斥公众参与行政立法的理由,因为无论多么专业化的立法都需要公众来遵守,否则立法就失去了意义。对于某些专业性较强的法规、规章至少可以让其所涉及的范围内的相对人参与讨论、发表意见。

其次,公众参与有利于形成公众对法律的认同感。通过公众参与,互相竞争的各种层次上的价值或利益得到综合考虑和权衡,其结果是不满情绪最大限度地被稀释,一种相对可行的意见最终被采纳,这就使立法的结果显得公正。因为行政机关会对公众的支持、反对、相关意见和建议进行充分的了解和分析,减少了立法生效以后怀疑和抗议的可能性,避免采取激烈的手段来压抑对抗倾向,从而减少行政立法所产生的社会震荡,提高参与人及其他人对行政立法的接受程度,提高行政立法的实效性。而且,由于公众自己参与了行政立法的过程,即使对立法的结果难以接受,也会因为程序的公正而增强对立法的认同感。“如果人们被允许参与决定,他们就会觉得受到了比较公正的对待。”^①

最后,公众参与可以强化参与人服从行政立法的义务感。^②行政立法中的公众参与程序使参与人觉得其所服从的是自己的决定,自己必须为自己的行为负责,即参加者的角色分担具有归责机制,可以强化参与人服从决定的义务感。

总而言之,公众参与行政立法的重大现实意义是,通过强调行政公开化,强调立法过程中行政主体和公众的交涉性,以公开、合理的程序形式将行政立法建立在民主、合法、有效的基础上,确保行政立法的公正性、合理性。

三、对“正当”的行政立法的反思

当下,大部分学者在研究行政立法时往往遵循着一个相对固定的范式:行政立法是必要的恶,理论上为了防止行政立法权的滥用与恣意,必须从立法、司法以及公民权利三方面同时加强对行政立法的监督和控制。但是,鉴于中国的政权体制和对权力实际运作方式的观察,立法权和司法权的监督是飘虚的,于是几乎全部的希望和热情都被投入到对公众参与的研究中,一方面公众参与行政立法,解决了行政立法民意性弱的问题,强化了行政立法的正当性;另一方面,亦更为重要的是通过公众参与,行政机关和公众有了一个平等而充分的交换意见、商讨利益的平台,这样既有效保障了公民的各项权益,又增进了行政立法的执行力和有效性。急切的心情加之实用性的考虑,研究的重点被进一步缩小到对参与机制的考察上。先是列举并分析中国当下行政立法中的种种弊端,接着便有针对性地设计出纷繁的参与方案,对症下药,成果烁烁。然而,正因为理论上和实践中取得了诸多成效,孕育出一种“借参与解决问题”的思路,似乎只要公众参与机制设计好了,体制上的一些其它问题也就迎刃而解了。这种规约主义的思路值得反思。

(一) 挑战合法性

^① 宋冰:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第377页。

^② 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第17页。

根据传统三权分立制衡的权力结构模式, 本于对民主制度以及公民权利的一种负责而审慎的态度, 虽然行政机关可以分享一定的立法权, 但是这种行政立法必须受到授权立法和法律保留原则的严格控制。公民参与重构了行政立法的正当性来源。在参与式民主和民主行政理论居于主导地位的当下, 公民参与甚至使得法律保留和授权立法的原则对行政立法的正当性和合法性的约束不再彰显。以公民参与单线支撑的行政立法虽然不具备完整的正当性, 但是, 如果因参与所具有的直接民主的性质能够获得崇拜甚至迷信直接民主的民众的基本认同的话, 公众参与便为行政立法提供了虽不整全却颇为“自足”的正当性。进一步, 如果行政立法仅从公众参与就获得了“自足”的正当性, 行政立法与法律之间便不再受制于严格的规范效力等级的上下位属关系, 行政立法向法律领地的延展已蓄势待发, 如果有力的制约和监督机制付诸阙如, 行政立法在其与法律的共享、弹性空间的过度延展, 便极易导致对法律领地的侵涉, 这样行政立法与法律之间的界限被模糊化了, 行政立法的正当性挑战了它的合法性(合法律性)。我国行政立法与法律的弹性空间在《宪法》、《立法法》规定上的模糊性更加深了行政立法侵犯法律领域的可能性和现实性。这一挑战构成了对宪政权力结构的冲击, 并直接影响到公民权利的保障问题。

(二) 对公民权利的正反影响

民主宪政的基本内容是控制权力, 以保障人权, 这是对行政立法权的思考和研究的落脚点。中国现行的宪政模式下, 司法机关无权审查行政立法的合宪性、合法性, 权力机关又没能实际行使监督审查的职责。结果是, 行政立法普遍地规范着公民的生活, 与公民的许多权利息息相关, 却长期缺乏有效的监督机制。与此同时, 官本位的观念无论是在行政主导型的权力结构中还是在官员或民众的心理上都挥之不去, 在此背景下, 公众参与行政立法, 使行政相对人或利益各方能充分表达意见, 确保行政机关听取当事人各方的意见和辩解, 公众参与还可以通过程序控制行政权, 避免行政立法权的专横和恣意。实践中, 公众参与其他行政决策领域的巨大成效也激励着我们, 举如北京昆玉河治理工程、木格措水坝和杨柳湖水库两项水利工程、怒江水坝工程以及北京动物园搬迁等。^①

另外, 我国行政立法的体制环境还存在不合于民主之处: 一是, 公众参与行政立法仅是行政机关的一项自由裁量权。根据《立法法》第 58、74 条以及《行政法规制定程序条例》第 22 条、《规章制定程序条例》第 23 条, 公众参与行政立法是行政机关“可以”采取的一项裁量权。二是, 没有建立一套确保公民有效参与的程序机制。公众参与中所提出的意见能否被吸纳, 最终仍由行政机关掌控。^② 三是, 对行政立法的监督机制的无效性。我国尚无人大及其常委会对行政立法进行违宪审查的实例, 已可足证。^③ 行政机关滥用行政立法权, 行政立法混乱无序, 法规、规章相互冲突, 与法律抵触, 等等现象不少。这些体制性问题不仅不是公众参与行政立法所能彻底解决的, 相反, 是完善参与机制的前提。

公众参与是进入后现代化的西方社会发展了的民主观念对传统权力结构的一个修正和

① 详情参见北京大学公众参与研究与支持中心关于“公众参与制度与实践观察”项目的年度报告(2005年):《中国行政立法与决策过程中的公众参与: 观察与评估》。

② 参见刘莘:《行政立法研究》, 法律出版社 2003 年版, 第 122—123 页。

③ 曾祥华、陈仁涛:《论对行政立法的司法审查》, 载《内蒙古社会科学》2005 年第 4 期。

补充,它与一个民主宪政的权力体制是相得益彰的。因为,不管公众如何深入地参与行政立法,都无法突破行政立法中公平与效率、民主与首长负责制之间的张力。一个最为突出的方面就是,行政立法中的决策机制遵循的是首长负责制而不是立法中的多数决原则,公众参与行政立法虽在行政立法中引入了公民的意志和权利,但这个有着制约作用的意志和权利最终仍消解在行政权力内部。或者说,行政立法中首长负责制的决策机制对于公众参与来说是一个有效的“吸力”装置。要使公众参与的效力突破行政体制的掌控,促进公民权利的保障,尚需要两个制度的协力合作:一是,将公民参与作为一项公民的基本权利加以规定和保护;二是,参与权作为公民基本权利必须受到立法权或/和司法权的保障。从权力之间的关系来说,就是指行政立法必需接受立法权或/和司法权的监督和审查。

公众参与行政立法,如果没有一个匹配的权力体制背景,就可能成为行政机关把玩于股掌的“民主标签”,为行政立法提供了“正当”的侵权平台。一方面,行政机关以公民参与和公民权利对抗、排斥立法权和司法权的监督审查。另一方面,没有了外部制约的公民参与又被完全内化在行政权力体制内,公民权利依赖于行政机关自觉的审慎对待,不过是一厢情愿的幻想。因为仅只是公民参与行政立法,不过是增加了行政考量的范围,行政立法的问题不可能在其权力机制的内部得到审慎、适当的考虑,必须有体制外的监督和制约。

综上所述,公众参与行政立法需要一个适合的权力体制的配合,而且公众参与本身解决不了自己的这个基础、前提或环境的问题。以民主法治建设为目标,行政立法中的公众参与机制应立足于两点:一是,公众参与行政立法应作为公民的一项基本权利予以明确规定;二是,要防治行政立法侵犯公民权利,不能仅仅依靠参与,同时还需建构立法权、司法权对行政立法的监督和审查。因为如果没有配套的权力结构和机制,公众参与增加了行政立法的正当性并使行政立法“正当”地向立法领域扩展后,单凭其自身并不能成为监督膨胀后的行政立法权的匹配力量。

On Public Participation in Administrative Legislation

Liu Xiao- mei

(Law School of China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

Abstract: Participatory democracy theories and democratic administration are the backgrounds of administrative legislation. Public participation in administrative legislation can not only construct the legitimacy of administrative legislation directly, but also verify and strengthen the legitimacy by enhancing the validity of administrative legislation. Administrative legislation with a sense of legitimacy owns extensibility. If not reviewed by judicial power and legislative branch, or allowed without public participation, administrative legislation will unavoidably challenge the legitimate principle and infringe citizens' rights, not mention to guarantee them.

Key Words: Participatory Democracy; Public Participation; Administrative Legislation

(责任编辑:刘 莘)