

现代行政程序在法治行政中的作用

张庆福 冯 军*

众所周知,国家行政机关在社会生活中扮演着组织、指挥、监督、协调和引导者的角色,因此,要完善和发展社会主义民主政治,建立和健全社会主义市场经济体制,实现全社会的法治化,首先就必须将国家行政机关的管理活动置于宪法、法律的控制和约束之下,大力倡导和切实实行以政府平等守法及承担法律责任为核心内容的法治行政。党的十一届三中全会以来,特别是十四大提出建立社会主义市场经济体制的目标以来,党和国家在依法行政的口号下为推动我国行政管理活动的法治化做了大量工作,突出表现为在有关国家行政活动的立法方面取得了有目共睹的成就,建成了一套比较完整的行政法体系,基本上改变了行政活动无法可依的状况,而行政诉讼法和国家赔偿法的颁布则奠定了政府法律责任及其追究制度的基础。但是这些成绩并不能说明我国行政管理活动的法治化已经达到令人满意的水平,因为在立法上取得显著成果的同时,行政执法和司法活动滞后,行政实践中有法不依、执法不严、违法不究的问题也得到充分暴露,普遍为人们所诟病。出现这种情况的原因固然是多方面的,但是,前一阶段行政法治建设在立法层次上过分偏重于规定各种静态的行政制度,忽略和轻视通过现代行政程序对行政法的实施过程进行有效的动态调整,不能不说是一个值得引起高度重视的原因。笔者以为,下一阶段我国行政法治建设除了对已经取得的成果继续予以巩固和深化外,应将重点转向长期为人们忽视的现代行政程序的建设,在行政法的各个实施环节上建立各种行之有效的、事前、事中和事后保障机制,以解决目前行政法治建设过程中存在的立法与法的实施相脱节的问题,消除我国行政管理法治化过程中的头重脚轻现象。期望现代行政程序问题引起广泛关注,并对我国行政法治的未来发展方向提出思考正是本文的目的所在。

一、行政法治必须依靠行政程序的保障和推动

程序,是指人们为完成某项任务或达到某个目标而预先设定好的方式、方法和步骤。程序在实际操作时表现为人的行为过程或者某种事物(如计算机)按照人的事先设计而运动的过程,但是程序与人的行为或者事物运动的自然过程是不同的。人与事物运动的自然过程是随机的,而程序则是预先设计好的,无论实际运动过程是否出现,都不影响程序的存在。具有预定性是程序的基本特征,如果人的活动不是按照某种预定的方式、方法和步骤进行的,那么,这种活

* 张庆福系中国社会科学院法学研究所研究员;冯军系中国社会科学院法学研究所博士后。

动即属无程序的活动,尽管它也必然要表现为某种客观过程。

程序和依程序所做之事之间的关系是手段与目的关系。一般说来,达到某一目的的手段很少是唯一的,为达到同一目的,在多数情形下,可以通过不同途径选择多种手段,但这些手段对于实现目的所起到的效果是不一样的。有的手段有助于迅捷地实现目的;有的手段虽然对于实现目的所需的时间较长,但综合成本较低,或者有利于维护和实现程序目标以外的其他目的或价值标准,如有利于实现公平正义、维护社会伦理道德、风序良俗或者统治阶级的意识形态、政治法律秩序等,在这种情况下,程序并非实现程序目标本身所需要的步骤,设定这种程序的目的旨在以效率换取某种价值的实现。由于程序具有预定性,所以程序的基本功能就是限制甚至取消当事人选择目的实现之手段的自由,将实现目的的手段规范化和标准化。

程序的预定者可以借助程序的功能达到以下目的:

1. 限制程序义务人的主观随意性。由于程序的设置,当事人(程序义务人)没有选择行为手段的自由。当程序所预先确定的要件成就时,程序义务人必须按照程序的规定作出既定的行为,而无法利用手段选择的自由随意加速或者阻挠程序目标的实现。由于程序具有限制义务人主观随意性的特性,因而它常被用于规范程序义务人的行为,防止程序义务人滥用或越出他所拥有的权力或权利。

2. 保证选择效率最优的手段。当事人为实现某种目的所选择的手段在效率上有高下优劣之分,这取决于当事人知识、能力、经验等。如经过总结、比较和筛选,事先运用程序将最具效率的手段固定下来普遍推行,则即便当事人的知识、能力和经验有欠缺,也能保证选择效率最佳的方案,多快好省地达到程序目标。

3. 维护和促进手段的正当性。为达目的不择手段的做法遗害无穷,为此,程序的预定者需要综合考虑公平与效率的关系,将体现了必要正当性的手段(在效率上可能并非最优)上升为程序,使之成为标准化和规范化手段,从而排斥其他正当性不充分或者不正当手段的适用,以期通过程序的正当性来保证结果的正确性。如禁止使用非法取得的证据即为通过程序规则维护调查手段的正当性而不惜牺牲调查效率的一个例子。

4. 运用程序阻碍程序目标的实现。程序是一把“双刃剑”,既可用于促进程序目标的实现,又可起到阻碍程序目标实现的作用。程序设计者如将成本高、难度大、耗时长的手段上升为规范化的程序即可为实体目标的实现设置一道程序壁垒,阻碍程序目标的实现。

程序壁垒现象在现实生活中并不鲜见。通常设置程序壁垒的原因有:(1)当利益或资源较少,而试图获取利益或资源的人员或组织较多时,需要以程序壁垒作为分配利益、配置资源的手段。由于程序壁垒的存在,当事人若要通过程序壁垒须具备一定的实力基础并付出较高的代价,这样就可以缩小和限制竞争者范围,为少数利益或资源的配置创造条件;(2)以程序壁垒限制某种权力或权利的行使,以防止权力或权利的滥用。如游行示威对社会秩序有较大的破坏作用,故许多国家对公民行使游行示威权规定了复杂的申请程序;又如为防止公民滥讼、缠讼,规定一事不再审以及收取一定数量的诉讼费等皆属此类程序壁垒;(3)统治者出于某种考虑或迫于某种压力不得不在法律上确认某种权利,然后设置程序壁垒使之难以行使,实际上收回或取消该种权利;(4)程序设定者推卸责任,将自己应尽的职责转化为他人的程序义务,从而形成了程序壁垒。如本应由管理机关内部协调的事项却不合理地要求相对人分头申请,结果申办一个项目需要在五花八门的批文上盖上数十个公章,事情还不一定能够办成。

对于程序壁垒现象应作一分为二的分析,有些程序壁垒的动机合理,限度适当,仍不失其

正当性;而那些动机不良、限制失度的程序壁垒〔如上述(3)、(4)两类〕,则显属不当,缺乏起码的程序正义。

行政程序是诸种程序中的一种。所谓行政程序,顾名思义是国家行政机关及其工作人员以及其他行政主体实施行政管理的程序。在法治国家,行政程序即为行政法律关系主体行使其实体行政法权力(利),履行其实体行政法义务依法所必须经过的步骤以及必须采用的方式和办法。

法治行政的要害在于保持法律对行政的控制,而这一目标只有借助行政程序的作用才能实现。我们能否找到一种毋需借助行政程序而可使实体行政法规范直接控制行政行为的方法呢?答案是否定的。因为假如要实现实体行政法规范对行政行为的直接控制,就必须将行政活动方方面面的所有细节,包括其即将发生的变化都规定得一清二楚,不能给行政机关留下任何选择的余地,行政机关必须象机器人那样严格按照法律给它的指令活动。显而易见,这是不可能做到的。由于行政事务的复杂性和多变性,行政法的大多数规范只能制定得较为抽象和原则,除此之外,行政法还必须给行政机关留下足够的行政法所不涉足、不介入的空间,以保持行政的活力。这样,实体行政法规范就必须借助程序的中介作用对行政行为予以约束和控制。否则,行政法的规定只能是可望而不可及的空中楼阁或海市蜃楼。试想,如果没有行政程序,行政机关可以随意选择实施行政法的时机、方式、方法和步骤,行政机关就可以通过滥设程序壁垒的方法或者采用拖延执法的方法取消行政法赋予公民、组织的权益,同时也可以通过选择欠缺正当性和科学性的执法方法加重公民、组织的行政法义务。在这种情况下,行政机关可以轻而易举地摆脱法律对它的控制和约束,从而行使行政法蜕变为单方面管制公民、组织的专制工具。难怪西方的法学家认为:“自由的历史基本上是奉程序保障的历史”,〔1〕“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实决不是无意义的,正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。〔2〕在我国,近年来也有学者认为:“所谓的依法行政,是指依行政程序法行政,离开行政程序法无以言依法行政”。〔3〕这些论断充分说明了行政程序对于维护和促进法治行政所起的作用。

二、行政法治需要的是现代行政程序

行政程序古已有之,但奴隶社会和封建社会的行政程序是维护君主专制统治的工具,不符合法治行政的要求。法治行政所要求的行政程序是资产阶级民主制度确立以后逐渐丰富和发展起来、体现民主和政府守法精神的现代行政程序制度。为方便比较,本文将奴隶社会和封建社会等专制社会的行政程序统称为传统行政程序。

在奴隶制和封建制社会,保障君主专制政体的巩固和发展是国家的头等大事,而君主专制政体的巩固和发展又以治官为要,因此,奴隶制和封建制王朝对官吏采取了实体法控制与程序

〔1〕 See Felix Frankfurter: *United States Supreme Court Report* (87 Law. Ed. Oct. 1942 Term); The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1943, PP827-828.

〔2〕 See Willam O. Douglas: *United States Supreme Court Reports* (95 Law. Ed. Oct. 1950 Term); The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1951, P858.

〔3〕 崔卓兰:《依法行政与行政程序法》,《中国法学》1994年第4期。

法控制双管齐下的管理办法,传统行政程序法的控制功能在内部行政管理,也即在官治方面得到充分发挥。我国古代有关官吏选拔、任用、考核、奖惩、升降、监察的行政程序就非常详密,这类程序在保证官吏对王朝的忠诚、职业能力以及克尽职守和廉洁奉公方面起到了应有的作用。此外,公文往来方面的管理程序也十分明细,这类程序基本上是业务性、技术性的,目的在于保障行政效率。与内部管理程序相对发达形成对照的是,传统行政程序在外部行政管理,也即行政机关对社会上的公民和组织的管理方面总的说来比较薄弱,除了有一些以被管理者为约束对象的行政申请程序外,其他以行政机关和行政官员为约束对象的程序为数甚少,而且也多为统治阶级检查、约束其行政官吏服务的(如规定行政行为须以书面形式作出,以便留下证据,为行政监察创造条件等),并非以保护民权为目的。出现这种情况的原因在于,在奴隶制和封建制下,行政程序完全是行政管理的工具,不具有制约国家行政权以保护民权的功能。奴隶制和封建制国家对外部行政行为主要采取目标管理的方法(即规定行政任务、职责权限、法律责任等实体规范)加以控制,以促进行政官员勤政、廉政,防止其越权和滥用职权,以至于行政行为的方式、方法和步骤则多交由行政官员便宜行事,以期收取高效行政之效,由此造成了奴隶制国家和封建制国家外部行政程序稀疏粗漏的现象。

由于传统行政程序是行政权与行政目标的附庸,不具有对抗行政权的独立性的缘故,在奴隶社会和封建社会,实用主义的程序观非常流行,人们普遍认为,只要行政决定的实质内容正确,即使在法定形式和程序上有缺陷也无关紧要。官吏对重要程序的违反是要受到上级责罚的,甚至会受到非常严厉的制裁,然而,违反程序的行为并不能自然导致行政决定无效,经过行政程序认定的事实也没有排斥对该事实重新认定的效力。所以,“重实体,轻程序”是奴隶社会和封建社会国家管理的普遍特点,尤以外部行政管理为甚。

现代行政程序与传统行政程序之间当然不能截然割裂开来。现代行政程序是在传统行政程序的基础上发展起来的,传统行政程序中的一些人事管理程序以及那些纯以提高管理效率为目的的技术性程序至今仍不失其借鉴意义。然而,现代行政程序毕竟是在近现代民主政治的背景下产生和发展起来的,它不仅为国家行政管理服务,而且更要体现民主主义精神,为国家民主政治服务。我们知道,在行政实体法律关系中,行政主体与相对人(被管理者)的地位是不对等的,行政主体拥有单方面的、不以对方意志为转移的命令权、处罚权和强制权等实体权力,这些权力如不加以制约随时都可能对民权构成威胁,民主政治不容许出现这样的情况,而程序的控制功能恰可有效地防治上述威胁。于是,现代行政程序充当了制约行政权、保护民权的角色。它通过设置大量以行政主体为程序义务人,以相对人为程序权利人的方法对行政主体进行反向控制。行政程序的控制目标与行政权的指向不再完全一致,并且行政权对民权的威胁越大,行政程序与行政权之间的反向性就越明显。现代行政程序不再是行政管理的附庸和工具,它相对独立于行政管理之外,成为对行政权实施监控的有力武器。人民民主与国家权力、公平与效率、人权与行政权、个人利益与社会公益等一系列国家管理过程中的基本矛盾通过现代行政程序找到了平衡,获得了统一。

与传统行政程序相比,现代行政程序具有以下几点显著特征:

第一,现代行政程序的基本目标是对强大的行政权予以控制和约束,以防止行政权不当地侵犯民权以及向实际受到分割的民权提供救济渠道。传统行政程序虽对行政官吏的权力也有制约作用,但其目的是为了维护统治阶级内部的管理程序而不是为了保护民权,因此,传统行政程序的重点在于行政机关内部的选官、治官程序,而现代行政程序的重点在于外部行政管

理程序中的民主参与程序和救济程序。

第二,现代行政程序是由制约行政权的民主参与和行政救济程序、服务于政府机关内部控制需要的管理程序,以及纯粹为了保障行政效率的业务性、技术性程序等三类程序组成的集合体。其中,第一类程序体现了现代行政程序的基本特征,因而是现代行政程序的核心所在。后两类程序体现了对传统行政程序的继承性,但它们在民主和法治思想的要求和影响下也表现出了许多不同于传统行政程序的特点。如在公务员管理程序中增加公务员的参与程序。以公务员考核程序为例,我国法律规定,对公务员的年度考核应由公务员先做个人总结,然后在听取群众意见的基础上进行,^[4]有的国家(如法国)甚至规定对公务员考核的具体工作应由一个人数相等的公务员代表和行政首长指定人员组成的委员会进行,行政首长在决定考核结果时必须听取该委员会的建议。^[5]又如许多国家(特别是美国)为确保行政管理的高效能,在一些比较重要的决策程序中规定了成本——效益分析程序,这些都是传统行政程序中所没有的内容。因此,现代行政程序不仅是行政行为合法、公开、公正的保障,而且也比传统行政程序更具效率。

第三,现代行政程序最初由英国、美国、德国等发达资本主义国家在“自然正义”、“法律的正当程序”、“法治国及民主主义”等判例法和宪法原则的基础上通过一系列成文法和判例法确立和发展起来的。尽管“自然正义”、“法律的正当程序”、“法治国及民主主义”等原则的解释具有较大的弹性,各国通过这些原则发展起来的行政程序制度也不尽相同,但对于现代行政程序所应具备的基本内容和应达到的起码要求却已形成共识,这就是:(1)现代行政程序的基本规则必须由法律加以规定,而不得由行政部门自行设定、变更和撤销;(2)程序的内容须向利害关系人公开,要设置适当的程序规则(如告知、说明理由等,保障利害关系人对可能影响其合法权益的一切行政行为的知情权、了解权);(3)公民的权利义务将因为某一行政行为而受到影响时,在该行政行为作出之前,须有适当的程序规则保障他获得陈述意见和提供证据的公正机会,为此,还必须设置必要的程序规则保证利害关系人的意见和证据能够得到行政部门的充分尊重;(4)具有体现中立性原则的程序规则。“中立性原则是现代程序的基础”。^[6]体现“中立性原则”的程序规则包括:任何人不得充当与己有关的案件的审理者和决定者,保障行政审判人员的独立性,建立回避制度,引入分权制衡机制等;(5)凡可能损害相对人合法权益的行政行为都必须设有有效的救济程序,并预先告知相对人寻求救济的渠道和方式;(6)须充分体现合理原则,程序的设置能使程序的使用者以尽可能小的成本(代价)取得尽可能大的收益,多快好省地实现通过程序所要达到的目标。现代行政程序不应有因程序设置不合理而产生的程序壁垒现象。

第四,现代行政程序具有高度的权威性和约束力。现代行政程序对于保障行政权沿着民主、法治、科学的轨道健康运行发挥着重要作用,因而现代行政程序不容违反。为此当代西方发达国家均赋予其行政程序相当高的权威性和约束力,如经行政程序认定的事实不得轻易推翻,违反行政程序规定的时效可以导致实体权利义务的消灭,以及当事人可以行政主体违反强制性行政程序为由主张实体行政行为无效等。

[4] 参见《国家公务员暂行条例》第24条第1款。

[5] 参见皮纯协等:《国家公务员国际惯例》,载《国际惯例书库》第5卷,海南出版社1993年版,第76页。

[6] 见季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

三、我国行政法治建设的重点应转向现代行政程序

“文革”以前的相当长时期内我国的行政管理活动基本上处于无法可依的人治状态,因而“文革”之后国家恢复和重建行政法治的首要任务自然是加速行政立法^[7]的速度,扩大行政立法的规模,以便建成一套较为完整的行政法体系,使得各个领域的行政管理活动有法可依。在这种情况下,行政立法的重点集中于实体行政法规范的制定是可理解的。进入九十年代以后,应该说我国构筑行政法体系,尤其是实体行政法规则体系的任务已经基本完成,而且针对在相当大的范围内存在的执法滞后现象,甚至可以说我国的行政立法在某种程序上已经超前了。行政法治不仅要求法律为行政主体的行政活动提供各种规则和标准,而且更要求这些规则和标准能够得到行政主体的高度尊重和切实执行。有法不依对法的权威的损害是相当严重的。因此,今后行政法治建设的重点应当转向行政法的实施环节,而不是继续片面追求立法的速度、规模和数量。由于行政法的实施问题主要是执法程序方面的问题,所以,如何制定出一套能够有效督促和保障行政机关依法办事的现代行政程序,将是未来一段时期内我国行政法治发展的焦点。

综观我国现有的行政程序法规范,可以发现我国行政程序法律规范在数量上虽有一定的规模,但立法质量并不高,特别是体现民主和法治精神的现代行政程序的立法水平相对来说比较落后。归纳起来,我国行政程序法制建设方面存在的问题主要有:

第一,大多数行政程序法规范具有十分浓厚的管理色彩,它们主要是单方面地规定行政管理相对人在程序上应负的义务及不履行义务的后果。少数行政程序虽也体现了民主参与、行政公开的精神,规定了行政主体的程序义务,但这些程序较为零散,更主要的是通常缺乏行政主体违反程序义务应负何责的规定,以致未能树立起必要的法律权威,并基于这种权威切实发挥出规范和制约行政主体的作用。

第二,宪法和法律中缺少有关现代行政程序基本原则的一般性规定,致使我国的行政程序立法未能在明确的法律原则的指导下进行,现代化的程度不高。

在西方发达国家,宪法或专门的行政程序法中通常都有关于现代行政程序基本原则的规定,如美国宪法修正案第5、14条规定了“正当法律程序”(due process)原则,即未经正当的法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产,其中,第5条修正案的规定适用于联邦政府机关,第14条修正案的规定适用于各州的政府机关。按照美国法院的解释,“正当法律程序”包括两方面的涵义:^[8](1)正当法律程序是一个实体法的规则,称为实质的正当活动程序。这种意义上的正当法律程序要求国会所制定的法律必须符合公平与正义。(2)正当法律程序是一个程序法的规则,称为程序上的正当法律程序。这种意义上的正当法律程序要求政府机关行使公权力剥夺私人的生命、自由或财产时必须听取当事人的意见。当事人享有要求听证的权利。可见听证是正当法律程序的核心内容。所谓听证,即依照一定的程序规则听取当事人意见和陈述的活动。

[7] 这里的行政立法是一个广义的概念,包括所有有关国家行政管理的立法活动,与行政法学上通常所指的行政立法(行政机关的立法活动)有所不同。

[8] 参见王名扬,《美国行政法》,上,中国法制出版社1995年版,第383页。

在美国,正式的、标准的听证必须保证当事人享有下述权利:^[9]由无偏见的官员作为主持人的权利;得到通知的权利,通知中必须适当地说明听证所涉及的主要事项和问题;提出证据和进行辩护的权利;通过互相质询及其他正当手段驳斥不利证据的权利;请律师陪同出席的权利;只能根据听证案卷中记载的证据作出裁决的权利;取得全部案卷副本的权利。除正式听证外,还有各种非正式的听证形式。它们可以省去正式听证中的某些环节,以提高行政效率。然而,任何一种听证形式都必须包含正当法律程序的核心内容;当事人有得到通知后提出辩护的权利。是否具备这两种权利是区别公正程序和不公正程序的分水岭。^[10]

英国没有成文宪法,法律程序的最高原则自然正义(Natural Justice)原则^[11]是通过普通法确立的。与美国正当法律程序不同的是,自然正义原则完全是一个程序性原则。英国的自然正义原则包含两个主要内容,即听取对方意见(alterern Partem)和任何人不得作与己有关案件的法官(nemo iudex in causa sua)。^[12]其中,听取对方意见的原则又包含了三方面的内容:公民有在合理时间以前得到通知的权利;公民有了解行政机关的论点和依据的权利;公民有为自己辩护的权利。^[13]除了少数例外情形,行政程序必然符合自然正义原则的要求,即行政程序中必须含有事先告知和听取相对人意见的内容。

以上两例充分说明了确立现代行政程序的基本原则对于现代行政程序法律制度的形成和发展所起的作用。

我国宪法和基本法律中既没有出现“正当法律程序”或“自然正义”之类的提法,也没有反映“正当法律程序”和“自然正义”基本要求的规定。现行宪法中有关民主和法制的规定,特别是第27条关于“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务”的规定,虽然经过必要的宪法解释可以成为我国建立现代行政程序法律制度的宪法基础,但这毕竟是一种没有成为现实的可能性,因而对我国现代行政程序制度的建立和发展还未能发挥强有力的促进和指导作用。

第三,缺乏统一的行政程序法立法规划,立法内容散乱,不成体系,许多重要的行政程序制度至今没有建立起来,而已有的程序法规范通常比较原则,操作性不够强,严重削弱了行政程序的控制、约束作用,造成了行政活动的混乱和无序。

第四,全国人大及其常委会通过法律确定的行政程序规则很少,行政程序绝大多数由行政机关自行设定,由此引发了一系列弊端:

其一,现代行政程序的基本功能是规范和制约行政行为。行政程序由执法机关自行制定则严重削弱了行政程序对执法机关的制约作用,从而将行政程序降低到普通办事手续的层次。受部门利益的驱动,立法者总是希望将约束自己的规范减少到最低限度,而将限制他人自由和利益的规范扩张到最大限度,行政执法机关在制定行政程序规则时当然不会例外。这就是我国行政程序中约束行政机关自身的那部分内容既少且又不甚具体明确的一个重要原因。

其二,约束公民、组织的行政程序繁琐、重叠、不协调。行政执法机关视行政程序为管理相

[9] 前引[8],王名扬书,第384页。

[10] 前引[8],王名扬书,第410页。

[11] 又译作“自然公正原则”。

[12] Drewry, Gavin; *Law, Justice and Politics*, Second Edition, England, Longman, 1984. Cht. 5

[13] 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第153页。

对人的手段,为图自身方便,往往把行政程序设置得非常繁琐,而不同的机关各自制定自己行使职权的程序又造成了行政程序之间的重叠和不协调。这种状况既是官僚主义的反映,又助长了官僚主义,严重影响了行政效率和效益,导致人民群众的不满。据有关资料披露,江南某县引进一套外国生产线,为办手续盖了800个公章,用坏了一台复印机,跑坏了一辆面包车,花了一年时间,结果事情还没有办成。^[14]这个事例相当典型地说明了由行政执法机关自行行政程序的不良后果。

其三,行政程序的透明度低。行政程序的透明度与行政机关受监督的程度是成正比的,透明度高意味着行政机关受公众监督的程度高,并且必须依公开的程序办事,而不能随意违反程序,或者随意改变和增减程序规则(在程序不公开的条件下,这是很容易做到而且是经常发生的)。由于我国绝大多数行政程序是行政机关制定的,因而,程序的透明度不高,相对人常因不了解程序规则以及程序规则的变化而不得不反复多次才能把事情办成。实践中某些执法人员利用不公开的程序规则刁难当事人的现象也时有发生。

第五,在时效上的规定不对等。对相对人往往规定有明确而严格的时效,相对人违反时效的规定,将失去其本可得到的权益,或者将受到行政处罚(如未在一定的期限内交纳税、费等)。相反,行政执法机关自己在外部行政法律关系中却很少受到时效的限制。以行政处罚为例,除《治安管理处罚条例》第18条规定“违反治安管理行为在6个月内公安机关没有发现的,不再处罚”外,其他有关行政处罚的法律规定中基本上没有处罚时效的规定,即使是《治安管理处罚条例》在规定治安管理行为的时效时也采取了从宽的态度,在旧的《治安管理处罚条例》中原来还有执行时效的规定(自裁决之日起,过了三个月没有执行的,免于执行),而新的《治安管理处罚条例》则将有关执行时效的规定取消了。行政行为不受时效的制约,不仅仅是一个影响行政效率的问题,而且极易通过行政行为的怠延制造不当的程序壁垒,严重妨碍公民组织行政法权益的合法和及时实现。

第六,一些程序规范在立法时考虑不周或因立法没有及时根据形势变化作适当调整而欠缺合理性。例如,《中华人民共和国国家赔偿法》第32条规定:“赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年,自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算,但被羁押期间不计算在内。”这一规定一反损害赔偿时效从受害人知道或应当知道损害发生之日起计算的惯例,改由国家机关及其工作人员的职权行为被依法确认为违法之日起计算。然而,对受害人依法请求确认国家职权行为违法的时效,《中华人民共和国国家赔偿法》未作规定,只要受害人不请求有关部门确认侵权行为违法,赔偿时效就不会起算,在这种情况下,国家赔偿程序中关于时效的规定就显得意义不大,起不到督促受害人尽快行使索赔权、以免法律关系长期处于不稳定状态的作用。再如,根据行政诉讼法及有关司法解释的规定,治安行政案件中的受害人如对公安机关处罚加害人的裁决不服也可以提起治安行政诉讼,而《治安管理处罚条例》规定的处罚程序中却不要求公安机关将书面的治安处罚裁决发给受害人,这种不合理状况至今也没有从立法上消除。

以上六个方面的问题是我国行政程序立法中存在的主要问题。革新和完善我国行政程序立法必须在解决这些问题上取得重大突破。

[14] 参见黄达强、许文薰主编:《中外行政管理案例选》,中国人民大学出版社1988年版,第35页。

四、建立、健全我国现代行政程序法的基本思路

针对我国现有行政程序制度的弊端和我国的国情条件,我们认为,消除我国行政执法的无序状态,建立、健全现代行政程序制度,实现行政执法过程法治化的基本方法和途径是:

第一,明确和严格行政程序的设定主体。今后应当明确主要行政程序必须由国家最高立法机关规定,从而彻底改变行政程序主要由行政机关自行设定的状况。由于行政活动的复杂性,所有行政程序均由国家最高立法机关制定是不现实的。可以考虑将行政程序分作三类:一类是体现程序正当性或公正性的那些程序,如听证程序、回避程序、辩护程序等;一类是外部行政事务管理程序;再一类是行政机关的内部工作程序。对第一类程序必须由最高国家立法机关通过法律加以规定,任何涉及相对人合法权益的行政活动都必须遵守此类程序,非有法律的特别规定不得简化和取消;对第二类程序则应由最高国家立法机关统一规定对于确保行政效率所不可缺少的基本程序,如统一规定行政法律关系当事人双方在行政过程中的活动时效等,以及判断程序是否合理、是否繁简得当的原则性标准,除此之外的具体事务性程序可由行政机关自行设定。原则上如法律规定的程序不具体,决定采取实体行政行为的机关有权依法自定程序;对第三类程序原则上由行政机关按其内部的等级体系自行设定,少数可能影响外部行政活动的效率以及公民、组织合法权益的程序则由法律作出统一规定。

第二,早日制定统一的《行政程序法》,集中规定各类行政行为所应当遵守的行政程序以及行政机关自行设定行政程序所应当遵守的各种原则和规则。如果目前尚感制定一部系统完整的行政程序法典的时机和条件不成熟的话,也可以考虑采取制定“行政程序法通则”的过渡办法。“通则”中规定正当程序和合理程序的一般条件及其运用范围,借此统一各类行政程序的立法、设定活动,以及为司法机关和行政准司法机关对行政主体的程序行为实施监督提供依据和标准。待实践中积累了充足的经验时,再将“通则”上升为法典。除制定“通则”外,还应当考虑分别通过法律明确规定行政立法、行政征收、行政强制执行等可能严重影响当事人合法权益的行政行为的程序,加强对这些行为的程序控制。^[15]

第三,通过法律明确规定凡行政行为涉及公民、国家公务人员以及社会组织的合法权益时,该行为的程序应当:(1)对当事人公开;(2)具有规定提前若干合理时间将行政行为的内容、理由和法律依据告知当事人的内容;(3)具有规定听取利害关系人陈述意见,接受其提交证据的内容。对于那些将对当事人的合法权益造成重大损害行为,还应当规定给予当事人一个以准司法形式公开进行的正式听审的机会,听审(证)会由相对独立并与行政行为没有牵连的官员主持,行政行为的策划者与利害关系人各自陈述其意见、理由,出示证据并当面对质,利害关系人可以委托代理人代为辩护;(4)具有规定对当事人陈述的意见和证据如何处理的合理内容;(5)当作出实施行政行为正式决定时必须具有行政主体有义务告知当事人寻求行政或司法救济的渠道和期限的内容;(6)明确规定行政法律关系主体双方行为的时效,尤其应当具体规定行政主体采取行政行为的时效,包括作出行政决定的时效和行政决定的执行时效。

[15] 在这方面,刚刚通过的《中华人民共和国行政处罚法》已迈出可喜的第一步。该法在规定行政处罚程序时首次运用现代行政程序的基本原理规定了听证程序,表明我国行政程序立法正在进入一个以创建和发展现代行政程序为主旨的新阶段。

第四,建立有效的行政程序的监督机制。以往对行政程序实行内部监督实施的办法经实践证明具有很大的缺陷,基本上不能使行政程序受到应有的尊重。为此,必须在严格内部监督的基础上,建立和健全行政程序的外部监督机制。在此方面,发达国家的经验值得我们借鉴,即不管行政行为的实体内容正确与否,只要违反行政程序即可导致整个行为无效,当事人可向法院或行政准司法机构请求撤销该行政行为。当然,行政程序的内容有主次之分,如规定对一般性事务性程序、甚至工作程序的违反也导致行政行为无效,未免过于苛刻。比较适中的做法是,违反体现正当程序要求的程序规则将导致行政行为无效;违反一般性事务程序或工作程序由于只涉及管理效率问题而不直接影响当事人的合法权益,则不应发生导致行政行为无效的后果,但对违反程序者应给予内部惩戒处分。

无程序即无权利。无现代行政程序即无法律对行政的有效制约。鉴于现代行政程序在行政法治化过程中所起的不可替代的作用,我们有理由相信,我国的行政法治建设将迎来一个繁荣现代行政程序法的新时代。

重要更正

本刊第18卷第2期《临摹、独创性与版权保护》一文中,画家“常叔鸿”先生应为“常书鸿”先生。

本刊第18卷第3期《依法治国建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》中,关于“法律国家主义”与“法律社会主义”(第11页)的发言者应为苏州大学教授周永坤先生。

本刊编辑部对上述失误谨向有关人士与广大读者深致歉意。