

民主形式与公共治理^{*}

□ 姜明安

多些民主形式, 少些形式民主

自有了价格听证会以来, 常有人纳闷: 好端端的听证会, 咋就变成了涨价会? 听证会本来是一种很好的表达民意、反映民意、听取民意和实现民意的民主形式, 有时咋就变成了表达官意、反映官意和实现官意的工具?

最近, 北京九仙桥危改拆迁补偿安置方案举行投票表决, 又有人纳闷: 危改拆迁涉及的是公民的私有财产, 而票决是一种最重要的民主形式。民主, 能适用涉及公民私有财产的事项吗?

民主本来不是个十全十美的好东西, 但它对于解决人类共同体的公共事务, 却是一个没有任何东西能比它更不坏的好东西。民主如果运用得当, 它确实能较好地帮助人们实现其结成共同体的目的和愿望: 既维护共同体的有效运转, 以提供人们生存不可或缺的, 且非共同体不能提供的“公共物品”, 又保障共同体所有成员的权益, 防止共同体内一部分人(或少数, 或多数, 或掌握公权力的成员, 或普通成员)压迫另一部分人和侵犯另一部分人的权益。然而, 民主如果运用不当, 它却有可能成为共同体内的专制者为欺骗广大成员, 掩盖其专制行为而制造的骗局, 它还可能成为共同体内多数人压制少数人的“多数人暴政”。前一种民主(运用得当的民主)是真民主, 后一种民主(运用不当的民主)是假民主, 是民主其外, 专制或暴政其中的“形式民主”。

人们对目前某些价格听证的纳闷和对最近北京九仙桥危改拆迁补偿安置方案票决的纳闷, 实质是对当下一些人热衷于搞“形式民主”的担忧。

那么, 我们怎么扼制“形式民主”呢? 笔者以为, 发展民主的多种形式也许是途径之一, 多一些民主形式, 可能就会少一些“形式民主”。

民主, 特别是现代民主, 有多种多样的形式, 票决只是形式之一, 听证会也只是形式之一。现代民主除了以票决民主

作为主要或基本的形式以外, 还有协商民主、审议民主等。协商民主和审议民主在英语里通常使用的是同一表述: Deliberative Democracy, 但这两种民主形式在汉语里是有区别的: 前者更多地指共同体成员间的相互协商、相互妥协, 以达成共识, 其最终结果一般是相应决策、方案无异议地为全体成员一致认可, 无需再行票决; 后者则更多地指共同体为了就某种决策、某种方案在全体成员或大多数成员中达成共识, 通过座谈会、研讨会、听证会、审议会、论证会等形式不断地组织讨论、辩论, 使相应决策、方案逐步由少数人接受扩展到多数人接受, 由多数人接受扩展到全体人接受。审议的过程实际是一个说服的过程: 少数人说服多数人, 多数人再说服尚未被说服的少数人, 以最终达成一致。当然, 审议的过程同时也是一个不断修改原决策、原方案的过程, 使最终的决策、方案能平衡和照顾到方方面面的利益, 即使相应决策、方案最后仍需经过票决程序通过, 但审议程序已可保证票决通过的决策、方案能最大限度地反映和体现了不同利益群体人们的意志和利益, 包括少数人的意志和利益。

就价格听证来说, 如果我们能广泛地运用民主的各种形式, 听证会就不可能变成涨价会: 人们通过(网络或会议)各种研讨、审议、论证等“审议民主”, 对某种价格应涨应降自然会形成一种舆论, 对此种舆论, 决策者很难左右; 另外, 人们还可通过一定范围投票的“票决民主”, 展示一种民意, 对此种民意, 决策者亦很难漠视。

对于九仙桥危改拆迁补偿安置方案的难题, 同样可以适用多种民主形式而破解。但有人认为, “民主票决”程序不适用危改拆迁工程一类决策事项, 民主无权干涉生命、财产、婚姻等私人权利。因此, 对拆迁一类涉及私有财产的事项举行投票表决完全是一个错误。

这种说法可能有一些绝对。民主也许无权干涉个人的生命和婚姻, 但是, 在现代社会, 民主对私有财产恐怕不能不

* 作者简介: 姜明安, 北京大学法学院教授、博士生导师, 北京, 100871。

有限度地干预。首先,人们要组成共同体,建立国家,就不能不向私人收税、收费。政府向私人收税、收费的范围、标准怎么确定,恐怕要经过一定的民主程序(直接民主或代议制民主)。其次,人们要在一定的共同体内共同生活,就必须要有公权力维持秩序、保障安全和提供其他公共物品,而这就免不了在某些情况下要征收、征用个人的私有财产,这种征收、征用的范围、条件及补偿标准怎么确定,在现代社会恐怕也要经过一定的民主程序(投票民主或协商民主)。此外,人们在一定的共同体内生活,为了避免矛盾和冲突,和谐相处,不能不对各自的私有财产权进行一定的限制。这种限制的范围和度如何确定,在现代社会恐怕也要经过一定的民主程序(审议民主或票决民主)。

就城市房屋拆迁来说,民主也不是绝对不能适用的。拆迁可能有各种情况,如完全为了公共利益(如修建奥运场馆、建设水、电、煤气公用设施等)而进行的拆迁;完全为了商业利益(如开发商看中了某块有潜在开发利益的地段,欲进行开发)而进行的拆迁;以及兼顾公共利益、商业利益和居民私人利益(如这里讨论的“危改”)而进行的拆迁等。就上述三种情况的拆迁而言,均不能排除可适用一定的民主程序。为了公共利益的拆迁,在某种意义上可以说是强制性的,但拆迁地的选择(建设用地选址)、补偿安置方案的制定等,仍然是可以讨论,可以适用一定的民主程序的。为了商业利益的拆迁,本来是私人利益对私人利益,而非共同体的公共事务,似乎民主程序是完全不适用的。但这也不尽然:由于我国的国情:虽然涉拆迁的房屋是私人的,而房屋下面的土地却都是国有的。从而我国的商业拆迁不可能完全是一种私人间的自由买卖,政府不能不加以适当干预。而政府干预就不能不有一定的民主程序制约,否则,腐败和滥用权力就不可避免。至于公私利益兼顾的拆迁,如“危改”拆迁,其实质是政府主导,而非开发商主导的拆迁,故听取民意(包括多数民众的意见和个别民众的意见)和走民主程序就更是必须的:此种拆迁一方面要照顾多数民众的意愿,不能因少数人的利益(甚至个别人的无理要求)而阻止多数人利益的实现,也不能因多数人的利益而置少数人(哪怕是几户或一户)的合法、合理的利益而不顾,以“多数票决”压制少数人和损害、牺牲少数人的利益。

有人之所以断言,民主不适用于拆迁一类涉及私有财产的事项,是基于其对民主的两种误解:一是认为民主就是少数服从多数,民主不可能同时兼顾多数人和少数人的利益,二是认为民主就是票决,似乎除了投票民主外,民主就没有其他形式。

民主当然意味着少数服从多数,但是,民主,特别是现代民主,还同时意味着保护少数,意味兼顾多数人和少数人的利益。民主的基本涵义是人民当家作主:人们因其对各种“公共物品”的需求而结成各种不同的共同体,人们在共同体

内共同生活,当然有权共同决定共同体的公共事务。有时共同体内人们的意见会不一致,投票从而是必要的。但是,投票并不意味着以多数压制少数,压服少数。投票应是在相互协商、相互妥协,尽可能达成兼顾多数人和少数人利益的方案的基础上进行。否则,就是“多数人暴政”,少数就没有理由服从多数,共同体存在的根据就会发生动摇。

正是为了保护少数,照顾少数,兼顾多数人和少数人的利益,现代民主创立了协商民主、审议民主等多种形式。此外,就是“票决民主”的“决”,也不仅仅是指由票数定输赢,以票数作为相应决策、方案是否通过的根据。有时票决只是作为一种探求民意的方法,可谓之“民意测验”。决策者经过此种“票决民主”后,再以“审议民主”、“协商民主”紧随其后,以吸收最广泛的民意,形成能平衡和兼顾各方利益的最佳决策。

从对“民主”的以上分析可知,民主,包括“票决民主”,并非不能适用九仙桥危改拆迁工程及其补偿安置一类事项。只要投票组织者不把“票决民主”当作民主的唯一形式,不把投票的票数作为决定该工程上马或下马,该方案实施或废弃的唯一根据,那么,有关方面组织的这次投票就不仅没有错,而且是符合现代民主和法治精神的。通过投票,九仙桥的居民表达了其一般的和基本的意志,有关方面了解了一般的和基本的民意,以下的工作就应继之以“审议民主”和“协商民主”。通过“审议民主”(座谈会、研讨会、听证会、审议会、论证会等),让赞成者充分陈述赞成的理由、根据,以说服异议者,同时让异议者充分陈述其异议的理由、根据,陈述他们的特殊困难和特殊利益,以促成对原拆迁、补偿、安置方案进行修改,适当照顾各种特殊人群的特殊困难和利益。此外,在“审议民主”的基础上,再辅之以“协商民主”,即组织各种不同利益团体针对各自的特殊利益进行协商,相互妥协,在整体方案的基础上达成解决特殊问题的特殊方案。

由此可见,民主是公共决策(无论是否涉及私有财产)的最佳选择。当然,作为公共决策最佳选择的民主,必须是真民主,而非假民主和形式民主。为了保障真民主和扼制假民主、形式民主,必须发展民主的多种形式,综合运用民主的多种形式。

新行政法(美):公中有私,私中有公

弗里曼先生(Jody Freeman)关于公共治理与新行政法的系列论文从不同角度、不同侧面对美国——但不限于美国,也涉及欧洲等西方发达国家——自上世纪中后期以来蓬勃兴起的以私人参与、公私合作、公私协商、公私共治为基本特征的公共治理模式以及与此种公共治理模式相适应的新行政法的内容、产生背景、实践效果和人们对之的不同评价进行了全面、深入、具体、细致的梳理、描述和阐释,作者为我们绘制了一幅西方法治国家新世纪公共治理与行政法的清

晰的立体式图画。

这幅立体式图画所描述的公共行政和新行政法景象与我们在传统公法教科书中所读到和所认识的公共行政和行政法的景象虽不能说是截然不同,但可说是大异其趣。

传统的公共行政和行政法是建立在公私分立、公私对立的理念基础之上的。政府所代表和追求的是公共利益,行政相对人追求的则只是私人利益。政府在对行政相对人实施管理、规制的过程中,必须公正,不被私方相对人俘获而为其谋利。为此,行政法对政府行为调整的基本目的和任务就是控权,防止政府公职人员以权谋私,滥用公权力,政府机关行使职权不得与私方相对人进行单方接触;行政行为必须严格受法律约束,严格依法行政,不得与私方相对人讨价还价,私相交易;公共职权只能由政府行使,私方相对人不能染指公权力,即使是邮政、自来水、供电等公用事业和公共服务,也只能由政府经营,私人一般不得提供“公共物品”。

但是,本书作者^[2]所描述的西方现代行政和行政法则完全是另一番图景:“公”“私”不分,公中有私,私中有公。私方相对人不仅可以参与公务,而且可以承包公务;政府执行公务不仅可以和应该通过听证会、论证会等听取行政相对人意见,而且可以与相对人讨价还价,达成某种交易;公私协商不仅限于行政执法,而且可及于行政立法;政府外包不仅限于供水、供电、公共医疗、公共交通、高速公路营运、公共教育、职业培训、垃圾处理、住房和市政建设等公共服务,而且可及于监狱管理、行政审批、行政许可、行政处罚等行政规制。传统的权力一服从模式的行政管理(Government)逐步演变为协商—合作模式的公共治理(Governance),传统的限权、控权模式行政法逐步演变为以实现治理目标为导向的同时规范公权力和私权力模式的“新行政法”(New Administrative Law)。是什么促成这种演变的呢?促成和体现这种公共治理与新行政法模式的制度及其运作方式是多种多样的,其中最主要的有协商制定行政规章、协商颁发行政许可、行政职能外包、非政府组织设定标准等。

协商制定行政规章^[3]。美国行政机关与行政相对人协商制定行政规章的实践源于上世纪八十年代,经过10年的试验^[4],美国国会于1990年颁布《协商制定行政规章法》,正式将这一实践法制化。依协商程序制定的规章通常都是较多涉及行政相对人权利义务,或与相对人切身利益密切相关的规章,如环保、卫生、劳动、社会保障等,协商程序既可以由行政机关启动,也可以应相对人申请启动。行政机关如决定启动协商程序,即组建协商委员会,协商委员会的组成一般包括相应规章的制定机关、相应规章所调整、规制的企业、工会、行业协会、公益组织、州和地方政府的代表等,委员会召集人可以是行政机关,也可以是与相应规章无特别利害关系的第三人。协商制定规章的要点和协商委员会的组成须在美国《联邦登记》(大致相当于我国的《国务院公报》)上公布,

以便社会公众对相应规章制定的参与。参加协商制定规章程序的各方如果不能就规章的内容和争议点最终达成一致,则相应规章制定仍恢复传统程序;参加协商制定规章程序的各方如果最终能就规章的内容和争议点达成一致,即可形成规章正式草案,但各方达成一致而形成的相应规章正式草案仍应经过通告评论程序后方可正式发布生效,生效后的规章还可以应其他未参与协商程序的利害关系人的请求而接受司法审查,以保证规章的民主性和防止行政部门在协商程序中被规制对象俘获而为其谋利。

协商颁发行政许可(Excellence in Leadership,直译为“杰出领袖方案”)。这一制度肇始于美国克林顿政府时期。1995年,克林顿总统发布了一份《重塑环境规制》的文件,根据该文件,美国环保署开始了协商颁发行政许可的试验。环保署通过与被规制公司协商,在后者许诺实现“更优环境绩效”的目标后,可为其颁发单一的综合性的环境许可,取代后者原本应分别申请的多项排污许可(如管道废水排放许可、烟囱烟尘排放许可等);或为其颁发适用期限较传统适用期限更长的许可;或为其颁发以一种污染物排放取代另一种污染物排放或减少一种污染物排放而增加另一种污染物排放的许可(如减少废水的排放而增加废气的排放)。环保署颁发这种协商性许可时,不单纯以“一城一地的得失”(某种特定污染物的减少)为考量要素,而是主要以“消灭敌人有生力量”(减少环境污染总量,改善环境整体质量)为行为标准。当然,这种协商性许可必须双方签订“最终方案协议”(FPA),而且相应协议须听取受环境影响的利害关系人的意见,并取得他们的支持,以防止公私串通损害公共利益。

行政职能外包。政府将某些公共服务职能(如供水、供电、公共医疗、公共交通、高速公路营运、公共教育、职业培训、垃圾处理、住房和市政建设等)外包的做法在英国撒切尔政府实施民营化改革之前即在一些西方国家推行,但不普遍。在英国撒切尔政府实施民营化改革后,这种外包做法在许多国家得到普遍推行。而且,此后的外包不仅及于公共服务,同时还及于监狱管理、行政审批、行政许可、行政处罚等行政管理和规制。外包的主体可以是行业协会、NGO、NPO,更多的情况下则是被规制的企业、公司。例如,对监狱的外包,承包人即为私人公司。当然,这种对管理、规制的外包不同于供水、供电、垃圾处理的外包,行政机关除了要与承包人签订协议外,还要事先制定有关管理、规制规则(这些管理、规制规则也可包含在外包协议中),要求承包人遵守。在承包人依外包协议和规则履行管理、规制职能过程中,行政机关要对其进行检查、监督,如其违反协议和管理、规制规则,可取消外包,终止外包协议的履行。此外,承包人履行管理、规制职能,还要执行公法约束公权力的有关规则,如公开、透明、接受社会公众和媒体的监督等,以防止承包人滥权和侵犯相对人权益。

非政府组织设定标准。在美国,非政府组织设定标准和行政机关采纳非政府组织设定的标准的做法已经有很长的历史了。尽管这种做法为传统宪政理论上的“禁止授权学说”理论所反对,但联邦最高法院和许多州法院的判决对这种做法一般都予以认可。自上世纪中后期以后,这种做法在各领域、各行业的推行则更为普遍了。如贸易协会、国家消防协会、检测材料协会、汽车工程师协会、机械工程师协会等行业协会或其他 NGO、NPO 组织均以制定标准为其重要职能。这些协会、组织在数年时间内制定了成百上千的行业标准和规范,如管道工程标准、建筑规范、消防规则和有关设计、材料、流程、安全以及其他产品属性的产品标准等。非政府组织制定的这些标准、规范有的通过行政机关“通告——评论”程序后直接作为国家认可的正式标准,有的通过协商制定规章制度作为相应规章组成部分的行政规范。为了保证非政府组织制定标准的公正,避免受相应行业大企业集团的压力、影响而偏私,法律规范行政机关制定规章的程序规则也在一定程度上适用于这种标准制定的准公法行为,如公众参与程序、听证程序、由特定领域专家组成的咨询委员会的审查、论证程序,以及标准制定过程和结果公开,接受行政监督、舆论监督等规则均在一定程度上适用于非政府组织标准的制定行为。

以上即是促成和体现美国及现代西方国家公共治理和新行政法模式的几项主要制度和做法。当然这只是该模式片段的素描或缩写,要详细了解美国及现代西方国家公共治理和新行政法的具体图景,我们必须阅读弗里曼先生(Jody Freeman)的原著。

新行政法(澳):参与权、知情权、隐私权、救济权、监督权

十四年前,我曾赴澳大利亚考察澳国当时的“新行政法”,回国后写过一篇《澳大利亚“新行政法”的产生及其主要内容》的文章^[5]。现在,我们将弗里曼先生笔下的美国“新行政法”与上世纪笔者那篇文章概述的当时澳国的“新行政法”比较,可以感觉到现代行政法对上世纪八、九十年代行政法的发展与上世纪八、九十年代行政法对传统行政法的发展一样,不仅涉及到法律制度内容的变化,而且涉及到法律制度内容中所蕴涵的人们的法治理念的变化。尽管在这些发展和变化中有继承,有扬弃。

下面附上笔者上世纪写的关于那篇澳国“新行政法”的文章,读者比照阅读,也许对今天西方国家“新行政法”的发展会有更深刻的理解。

澳大利亚法学界将七十年代以来制定的一系列调整现代行政关系,反映现代行政权力行使民主化、科学化趋势的法律及在实施中形成的相应法律机制称为“新行政法”(New administrative law)。“新行政法”的主要代表性法律有:1975

年《行政上诉裁判所法》(TTAT)、1976 年《督察专员法》(OA)、1977 年《行政决定司法审查法》(ADA)、1982 年《情报自由法》(FIA),以及 1988 年《隐私权法》(PA)等。这些法律的制定和实施对于澳国建立在英国普通法律基础上的旧行政法是一场具有重大历史意义的改革。这场改革历时近 20 年,它是逐步的、以渐进的形式进行的;它不是在打碎旧制度的基础上建立新制度,而是在改造旧制度的过程中形成新制度。该新制度不是完全以某一个国家的法制为模式,而是以英国制度为基点并加以改进(如行政裁判制度),又引进美国行政法的许多新制度(如行政程序、情报自由、保护隐私权等),并借鉴了欧洲大陆国家行政法的某些制度或其制度中的某些内容(如督察专员制度、行政法院制度中的某些内容),甚至也从中国法律中吸收了某些精华(如行政程序中的调解、协商等)。澳大利亚“新行政法”反映了世界各法系、各法律制度互相接近、互相借鉴,互相取长补短,以适应现代经济发展和民主政治需要的趋势。当然,在这一总趋势中,各国的进展互有差别,甚至有很大的差别。

澳大利亚“新行政法”产生

澳国“新行政法”是在下述社会背景情况下产生和形成的:(1)“行政国”的出现;(2)“福利国”的兴起;(3)“议会主权”的衰落;(4)“司法单轨制”的危机;(5)公共行政理论的发展。

“行政国”(Administrative state)的出现。二战以后,特别是近二十年来,澳国和其他主要西方国家一样,由于科学技术进步和其他因素,社会经济有了很大的发展。社会经济的发展导致了社会经济关系的复杂化和各种利益的矛盾、冲突。为了保证社会经济的协调发展,调节各种领域、各个部门、各种企业、组织、个人间的利益关系,各种新的行政机构应运而生,行政人员不断增加,行政职能不断扩张,日益突破传统的立法、行政、司法三权的界限,行政权侵入到传统的立法、司法领域,行政立法、行政司法(行政裁判)已成为行政权的不可分割的重要组成部分。行政权已经渗透到社会生活的各个层面,人们从出生到死亡(从摇篮到坟墓),无时无刻不生活在行政权的“保护伞”下。这种现象即为现代西方学者在其著述中所称的“行政国”。“行政国”的出现,使过去自由资本主义时代产生的并适应自由资本主义时代社会经济需要的旧的法制在调整新的社会关系方面遇到了种种难题。澳国过去基本承袭和援引英国的普通法制度,这种法律制度对于因“行政国”出现而产生的大量新问题更是难以应付,从而严重妨碍了社会经济的发展。正是在这种形势下,澳国在二十世纪七十年代开始着手进行一系列重大的法律改革(在联邦和州均成立了法律改革委员会),其中最重要的内容就是制定“新行政法”,建立“新行政法”机制。

“福利国”(Welfare state)的兴起。西方国家社会经济发

展导致了“行政国”的出现,同时也促成了“福利国”的形成和兴起。所谓“福利国”,就是由国家向公民提供各种福利待遇,如养老金、失业救济、免费医疗、伤残抚恤,以及各种补助、津贴等。为了实施这些福利项目,政府必须建立各种相应的机构和设施,制定各种标准和程序规则。而在这些机构、设施的运作过程中和这些标准、程序规则的适用过程中,不可避免地会产生各种争议、纠纷、矛盾。为此,必须建立相应的法律调整机制。“新行政法”的一个重要功能,就是调整因“福利国”而产生的各种行政关系。

“议会主权”(Sovereign of Parliament)的衰落。澳国与英国一样,长期以来一直以“议会主权”作为宪法的基本原则。但是二战以后,由于政党和内阁制度的进一步发展,“议会主权”开始名存实亡。虽然在宪法和法律上,议会与政府的关系仍然是:议会控制政府,政府向议会负责(所谓“责任政府”),但在实际社会政治生活中,却是政府控制议会,议会听命于政府。在这种情况下,公民不再像过去时代那样迷信议会,他们不再指望议会能完全代表和保护他们的利益(因为事实上早已不可能)。于是他们要求以各种途径和形式直接参与政府决策和直接监督政府,要求政府活动公开和向公民提供政府活动的信息,当政府行为涉及他们的利益时,要事先征询他们的意见,向有关公民团体咨询或为有利害关系的公民提供听证机会等。澳大利亚新行政法中的《委任立法法》、《行政决定法》、《情报自由法》等立法与美国的《行政程序法》、《阳光下的政府法》、《情报自由法》等立法一样,都反映了现代社会公众因对议会和责任政府的信任危机而希望寻找另外的民主政治途径的要求。

“司法单轨制”(Single track of justice)的危机。普通法国家的“法治”理论(Rule of law)长期受英国权威宪法学家Dicey的影响,认为一个国家只能有一种法律、一种法院,即普通法和普通法院,在普通法院之外再设行政法院或其他法院(如法国等欧洲大陆国家实行的司法双轨制)就是对“法治”的践踏和破坏,就是专制和暴政。因此,普通法国家都不设行政法院,所有行政案件都由普通法院统一审理和裁决(即实行所谓“司法单轨制”)。但是二十世纪以来,这种司法单轨制日益走向危机:由于科技和社会经济的发展,行政案件日益具有技术性和复杂性,普通法院的法官没有相应行政管理领域的专门知识、专门技术、专门经验,难以及时和准确处理越来越多的行政争议案件和与行政管理有关的民事性案件,从而造成案件的大量积压和裁决错误(有时甚至是荒谬的错误),给相应企业、经济组织、社会团体和个人的利益造成了严重的损害。在这种情况下,社会广泛呼吁抛弃过时的“法治”理论,对司法单轨制进行改造。于是,各种准司法裁判所相继成立,特别是七十年代中期行政上诉裁判所,受理多种行政上诉案件,有些类似于欧洲大陆国家的行政法院。行政裁判制度既吸收了普通司法独立、公正的优越性,

又以其专门性、程序简便、处理案件快、收费低等特点避免了普通司法的相应弊端,因而很受公众欢迎。

公共行政理论(Public administration)的发展。公共行政理论的发展和对政府行为的影响也是澳国“新行政法”产生和形成的重要原因。特别是公共行政学说的决策理论和组织理论对“新行政法”的形成有着更直接的作用。根据决策理论,政府在制定某一政策、采取某一措施、实施某一行为前,要预先对各种不同方案进行研究和论证,权衡各种不同方案的利弊,测算各种不同方案的成本及社会经济效益,在此基础上选择和确定最佳方案。根据组织理论,政府实施行政管理,要明确各机构、各部门、各层级的相互关系及其职、权、责,同时要把握非法定的人际关系及各种群体的相互作用、相互影响。澳国“新行政法”多方面地吸收了现代公共行政理论。例如,在委任立法和制定行政政策、计划、规划中采用咨询论证程序,行政裁决程序和某些行政行为中的调解协商程序等。这些都反映了现代公共行政理论对新行政法的影响。

澳大利亚“新行政法”的主要内容

澳国“新行政法”包括很广泛的内容,其中较重要者可概括为下述诸项:(1)参与权——政务民主;(2)了解权——政务公开;(3)隐私权——保护私情报;(4)救济权——多途径救济;(5)监督权——多形式监督。

参与权——政务民主。传统的民主以议会为中心,公众通过议会参政、议政、督政。议会代表公众控制和监督政府,使政府的政策和行为反映公众的利益和要求。议会主权旁落以后,公众在很大程度上对议会失去了信任,转而要求直接民主、直接参政。“新行政法”正是根据公众的此种要求,为公众提供直接参与政府决策和参与具体行政决定的机会。例如,政府制定法规和规章,联邦和州的有关法律(如维多利亚州的《委任立法法》)要求必须征询公众意见,特别是要与有利害关系的个人或团体协商,有些法规、规章还要交民间的咨询委员会或技术机构予以论证。凡是法律对这些要求作了强制性规定的,法规、规章制定者如不遵循这些要求,将导致相应法规、规章无效;相对人亦可请求法院确认违反法定参与要求的法规、规章无效。至于政府作出具体行政行为,相应行为如对相对人的权益产生影响,行政行为实施机构要事前通知相对人听取相对人的意见,必要时还要举行公开听证:行为机关要告知相对人行为的根据、理由,相对人可提出质疑或反对的意见,并提供相应的证据材料,双方可进行对质辩论。对于行政决定涉及不同相对人的不同利益时(如劳资双方、生产者与消费者双方、致害人与受害人双方的不同利益;又如某种资源分配的多个接受者的不同利益:增加甲的份额,就可能减少乙、丙等的份额;某种许可证的多个申请者的不同利益:发给甲许可证,就可能减少乙、丙等取得

相应许可证的机会等), 必须通知不同利益的相对人同时参加听证。当然, 澳国新行政法不是要求所有行政决策和行政行为都要有公众参与, 对于涉及国家安全、国防、外交等要求保密的事项或某些紧急性事项, 法律有时会明确排除公众参与; 对于某些特别事项, 法律有时会限定公众参与的形式(如仅书面征询意见, 而不举行听证和相对人面商)。不过, 政府机关在执行法律时, 倾向于为公众多提供参与机会。对于相应法律既未规定公众参与, 也未排除公众参与时, 政府机关通常根据新行政法的精神, 适度地接受公众参与, 以便使公众增加对政府政策和行为的理解, 在执行中能与政府配合, 减少或避免在执行中可能产生的阻力。

知情权——政务公开。在新行政法中, 知情权, 即情报自由, 有着重要的地位和作用。首先, 它是公民参政和监督政府的前提。没有知情权, 公民不知道政府的情况, 不知道政府已经做了些什么和正在做什么以及将要做什么, 就谈不上参与政府决策和监督政府; 其次, 它是公民保护其权益不被政府错误行为侵害的条件。没有知情权, 公民不知道政府作出了什么影响自己权益的决定, 其理由根据是什么, 就难以防止和及时纠正政府根据错误情报或档案中的错误记录对自己作出错误的处理决定和损害其合法权益。根据“新行政法”的要求, 有关政府机关和其他法定机构的组织、职权、责任、活动程序的文件, 政府和政府部门制定的所有条例、规章和其他规范性文件, 特别是其中涉及相对人权利、义务的, 都必须在政府公报中公布, 并允许公众查阅、复印、获取; 政府作出的有关相对人事项的决定, 都应送达相对人并书面说明其理由, 允许相对人查阅和复印有关证据材料; 政府保存的有关个人的档案, 允许相对人本人查阅, 对其中虚假或错误的内容, 相对人有权请求有关政府机关予以更正。对于需要保密、不向社会公开、不允许公众查阅的政府情报, 由法律明确作出规定, 作为情报自由的例外。根据有关法律的规定, 不公开的政府情报主要限于: (1) 涉及国家安全、国防和国际关系的情报; (2) 涉及内阁或内阁委员会审议的事项的情报; (3) 涉及有关企业团体、个人贸易秘密或个人隐私的情报。除了法定不公开的情报以外, 其他所有政府情报, 相对人申请查阅和提供的, 政府无权拒绝。否则, 相对人可申请法院发布命令, 命令政府提供。政府如以相应情报需要保密为理由仍然拒绝提供, 法院有最后审查权, 如果法院经过审查确认相应情报不属法定保密范围, 政府不得再拒绝提供。

隐私权——保护私情报。与政府活动情报公开的原则相对应, “新行政法”的另一个原则是保护企业、团体和个人的私情报。澳国《隐私权法》关于私情报专门规定了 11 条原则: (1) 有关个人情报的收集、存档和公开必须与法定目的直接有关, 且为实现法定目的所必须, 并采取正当的手段和通过正当的程序; (2) 收集个人情报应事前(如事前不可能, 则应收集后尽快地) 告知相对人收集的目的、收集的法律根据、

收集的情报将向何机关、团体或个人透露; (3) 情报收集者应保证收集的情报是符合法定目的的, 是最新的和完整的; (4) 拥有或控制含有个人情报的档案的机构应保证相应情报不丢失, 不为未经授权的人查阅、使用或更改, 不得向未经授权的人透露情报内容; (5) 档案保管机构应将情报的性质、目的、类别、保管期限、有权查阅的机构或个人以及查阅手续等事项登记于相应的书面文件, 允许相对人查询, 并每年向国家私情报专员提供一份副本; (6) 除法定排除查阅者外, 相对人有权查阅与之相关的档案; (7) 为保证档案的准确性和与法定目的有关, 档案保管者在情报保存期间可对相应情报进行适当的修正、删除或增加; (8) 档案保管者在情报使用前, 要审查相应情报使用的目的, 并确定相应情报是最新的和完整的; (9) 个人情报通常不得用于非预定的目的或向他人透露; (10) 只有在相对人同意, 或者法律授权, 或者出于防止或减少相对人或其他人生命、健康所受到的严重的和急迫的威胁所必需, 或者为执行刑罚、罚金或保证税收所必需的情况下, 个人情报才能用于其他非预定的目的和向非相对人的其他个人、团体、机构透露。“新行政法”关于私情报的这些原则体现了现代社会有关人权观念和人权保护制度的新发展, 也反映了现代社会经济和科学技术发展对保护商业秘密、技术秘密、防止行政权侵犯企业、组织私情报权, 损害和挫伤投资者、生产者、发明者积极性的需要。

救济权——多途径救济。在普通法国家, 传统的法律救济是司法救济, 法院外的救济很少存在和仅有很小的作用, 公众对法院有特别的信任。但自本世纪初以来, 这种情况开始改变。作为普通法主要代表性国家的英美, 走上了建立法院外救济途径的道路, 在普通司法之外另辟行政裁决制度, 作为法院救济的辅助和补充。如英国行政裁判所(Tribunals)、美国的行政法官(ALJ)。法院外救济制度的建立是司法单轨制危机的产物(前已述及)。澳国与英美同属普通法国家, 由于社会经济的发展, 司法单轨制愈显出其不相适应。于是, 新的法律救济形式亦随英美之后而产生。其中最重要的新形式是 1975 年《行政上诉裁判所法》创立的行政上诉裁判制度。澳国的行政裁决制度与英美的制度比较, 有下述特点: (1) 形式多样。澳既有受理多种不同领域、不同部门行政案件的普通行政裁判所, 如行政上诉裁判所; 又有仅受理某一领域、某一部门专门行政案件的特别裁判所, 如福利裁判所、税收裁判所、难民裁判所(限移民领域) 等; 还有受理专门民事性质案件的专业裁判所, 如工业裁判所、贸易裁判所、医疗裁判所等。(2) 裁判所独立性强, 不受行政干预。例如, 难民裁判所作出的有关外国人申请难民资格的决定, 即使与移民部的特定政策不一致, 移民部长对之不满, 他也无权改变裁判所的相应裁决。他对此唯一可能做的事情只是以当事人的身份就裁决的法律问题向联邦法院提起司法审查之诉。(3) 裁判处理案件注重调解。例如, 行政上诉裁判

所处理案件通常的程序是:接到当事人的上诉后,首先通过电话对双方当事人进行调解,如电话调解不成或电话调解不方便,则随之召集双方当事人举行专门的调解会议进行调解;专门调解会议如仍调解不成,才正式开庭审理(听证);但正式开庭前若干天,还要组织双方当事人及其律师就开庭时间、地点、证人、证据等问题进行一次短时间的协商,亦具有某种调解性质。裁判所通过调解结案的案件占其受案数的60%以上。(4)程序简便、迅速、非正式化、收费低廉(某些案件,如申请养老金、救济金、抚恤金等案件,可免费受案)。当然,行政裁判由于律师的参与、开庭辩论等,其程序也具有一定的正式性,有些案件处理时间也比较长。当事人对裁判所的裁决不服,还可以就法律问题向联邦法院申请司法审查。对于某些超过法定期限或依法不能申请司法审查的案件,当事人还可以向联邦督察专员申诉、控告,请求其进行调查和促成其解决。行政裁判、司法审查、督察专员等都是“新行政法”为公民提供的有别于普通法救济的新法律救济途径。

监督权——多形式监督。根据“责任政府”理论,政府由议会产生,向议会负责,受议会监督。公民对政府的控制和监督是通过议会实现的。议会可以做它愿意做的任何事情,它不需要任何其他形式代其对政府进行监督。但自本世纪中期以后,“责任政府”理论逐渐发生动摇,从而“新行政法”创设了多种形式的监督机制弥补因“行政国”出现而变得软弱无力的议会监督的不足。新的监督机制中最重要环节是督察专员制度和司法审查制度。根据澳国《督察专员法》,澳督察专员由总督任命,依法独立行使职权,不受政府干预。督察专员的职责主要是根据公民的申诉、控告或其他情报来源,对政府各部门和其他法定机构及其公职人员的违法失职行为和其他不公正、不合理的行为进行调查;根据调查结论,向有关机构或公职人员提出纠正违法不当行为和给予受到违法不当行为侵害的相对人以救济的建议意见。督察专员可就发现的问题和对有关部门作出的建议意见向首相提交报告。每财政年度结束后,督察专员还要向议会提交年度报告,平时他可就特别问题向议会提交专门报告。督察专员的报告要以一定形式向社会公布。督察专员虽然不能对政府部门及公职人员的违法不当行为进行直接处理,但其调查行为及其建议、报告有着特别的威慑力,它对于保证政府廉政、勤政具有特殊重要的作用。

司法审查是澳国另一种重要的法律监督形式。根据澳国《行政决定(司法审查)法》,澳公民认为行政决定或行政决定有关的行为或不作为具有下述情形之一的,均可申请司法审查:(1)违反自然正义规则;(2)无管辖权;(3)超越权限;(4)不适当行使权力(包括[1]考虑了不相关的因素或没有考虑相关因素;[2]不符合法定目的;[3]恶意行使自由裁量权;[4]不合理行使权力;[5]其他滥用权力的情形;[6]适用法律

错误;[7]因欺诈而行为;[8]行为没有事实和证据;[9]违反法律;[10]不履行法定职责;[11]超过法定期限不履行职责或不合理的迟延)。法院通过对行政决定、行政行为或不作为的审查,确定其具有上述情形之一的,可以作出下述裁决:(1)撤销或部分撤销相应行政决定或行为,宣布其无效;(2)将相应行政决定退回行政机关,要求其按照法定的指示重新考虑和重新决定;(3)宣布或确认当事人在相应事项上的权利;(4)责成有关机构或个人做出或不作出某种行为或事项。此外,澳国法院在进行司法审查中,根据当事人的申请,还可以命令行政机关向当事人提供做出相应行政决定或行为的根据、理由和有关证据材料。

除了督察专员制度和司法审查制度以外,在澳大利亚“新行政法”体系中,各种独立行使职权的行政裁判所也构成行政法制监督的重要环节(行政法的某些制度,从其某一方面考察,可以视为法律救济机制的环节,从另一方面考察。又可视作法律监督机制的环节。前述督察专员制度、行政裁判制度、司法审查制度、情报自由制度等均如此)。

以上笔者拙文所述澳国“新行政法”的主要内容,在今天美国及其他西方国家“新行政法”中并未完全消失,而只是有了新的发展和变化。当然,有些内容的发展变化是重大的和根本性的。这些,读者在认真阅读了弗里曼先生的原著后自然会有深切的感觉。

注释:

[1] 本文由两篇文章组合而成:一篇是2007年7月8日笔者发表于《法制日报》上的“多些民主形式,少些形式民主”,另一篇是笔者为美国哈佛大学弗里曼教授(Jody Freeman)新著《新行政法与公共治理》中文版写的序言:“新行政法:公中有私,私中有公”(其中部分内容曾以此为题发表于2007年10月14日《法制日报》上)。因为这两篇文章的内容一篇涉及协商民主(Deliberative Democracy,又译“审议民主”),一篇涉及公共治理中的软法,均是目前公法研究中的前沿问题,故组合在一起,构成本文。

[2] 当然,目前国内外研究公共治理与新行政法的远不止本书作者,相应著述我们在图书馆和因特网上均可随时浏览到,但对这一问题做如此细致、具体研究的恐怕还只是本书作者和极少数或个别的其他学者。

[3] 美国的规章(rules)广义上包括所有行政机关发布的规范性文件,没有我国的行政法规、规章和有普遍约束力的决定、命令之分。

[4] 这期间美国有关行政部门曾发起67项协商制定行政规章的活动,其中35项行政规章最终依此程序制定,仅环保署即有12项规章依此程序制定。

[5] 该文曾载《中外法学》,1995年第2期。

责任编辑:刘峰