

## “第三代”行政程序的学理解读<sup>\*</sup>

戚建刚

**内容提要:**作为一种新的程序形态,“第三代”行政程序是为了回应行政国家的新面相——从国家为中心的行政到全球行政与国家行政并重的行政、从集权主义的“命令—控制式”行政到合作主义的“伙伴—平等式”行政以及从消极执行法律的行政到积极管理社会的行政——而兴起的。与“第一代”和“第二代”行政程序相比,虽然“第三代”行政程序并非要完全取代它们,但在程序本质、关注焦点、行政模式、规制方法、信息收集和处理、私人行动者角色等典型特征上,它都体现了自身的特色,因而超越了“第一代”和“第二代”行政程序。在行政的真实世界里,欧盟战略性环境影响评估程序、美国的协商制定规则程序等都可以作为“第三代”行政程序的制度原型。我国将来行政程序的法典化以及单行行政程序法或其他行政程序制度的设计也需要有效回应行政国家的新面貌,更多地注入“第三代”行政程序的元素。

**关键词:**行政国家 行政程序 程序法 环境影响评估 协商制定规则

戚建刚,中南财经政法大学法学院教授。

“第三代”行政程序,<sup>[1]</sup>这一行政程序的新类型,最初由西班牙赛维利亚大学著名行政法学者哈维尔·巴恩斯(Javier Barnes)于2009年5月在美国耶鲁大学法学院召开的一场比较行政法学术研讨会上提出。<sup>[2]</sup>他提出该新型行政程序的目的是,要为从21世纪以来设

\* 本文获2011年度教育部“新世纪优秀人才支持计划”(NECT—11—0745)资助。

[1] Javier Barnes, “Towards a Third Generation of Administrative Procedure”, In Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010), pp. 336 - 356.

[2] 通常情况下,一种新理论的提出离不开学术共同体的努力。事实上,在2009年哈维尔·巴恩斯率先提出“第三代”行政程序这一新的程序形态时,欧美行政法学者已经对该新程序的某些面相作了一定研究。代表性的学者和成果有:埃伯哈德·施密特—阿斯曼(Eberhard Schmidt-Assmann)对德国、欧盟和国际法中的行政程序的功能和结构的研究;汉斯·克里斯蒂安·罗尔(Hans Christian Rohl)对欧盟复合行政中的程序的研究;彼得·施特劳斯(Peter Strauss)对美国协商式制定规章的研究。这些学者的研究成果都收录在哈维尔·巴恩斯教授所编辑的《行政程序法的改革和创新》一书之中(Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, Spain: Global Law Press, 2008)。2009年哈维尔·巴恩斯正式提出“第三代”行政程序之后,欧美行政法学者对之展开进一步研究。较有代表性的成果是:丽莎·布洛姆格伦·宾汉姆(Lisa Blomager Bingham)对合作治理下的行政法特别是行政程序法的研究(Lisa Blomager Bingham, “The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance,” 10 *Wisconsin Law Rev.* No. 2, 279, 2010)。需要强调的是,2012年由哈维尔·巴恩斯再次担任编辑,埃伯哈德·施密特—阿斯曼(Eberhard Schmidt-Assmann)、安德烈亚斯·福斯库赫尔(Andreas Voßkuhle)、莱纳·彼特希斯(Rainer Pitschas)、卢西亚诺帕雷霍(Luciano Parejo)等作为作者,由世界法律出版社出版了《行政法领域的创新与改革》,对“第三代”行政程序又有新的研究。Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, (Spain: Global Law Press, 2012)。

计与全球行政、合作行政、新治理等新的行政国家形态相匹配的行政程序法提供新的知识资源,指明新的发展方向。毕竟,行政程序法是对行政程序的法制化,而行政程序的转型是与行政国家形态的变革相辅相成的。“在转型时期,程序是首先受影响的行政法律制度,因为程序将行政法上的其它制度有效地成为现实。”<sup>[3]</sup>国内行政法学者对“第三代”行政程序尚未展开研究,而我国又亟需制定一部行政程序法典;<sup>[4]</sup>由此,对这一新形态的行政程序加以研究非常必要。为此,笔者将以比较行政法为视野,从兴起背景、基本含义、主要特征、典型制度形态等方面阐述“第三代”行政程序,并简要论述“第三代”行政程序对中国行政程序法制建设之寓意。

## 一 “第三代”行政程序的兴起背景

### (一) 行政国家的新面相

起源于自由资本主义时期的行政国家,自 20 世纪 50 年代以来,特别是在 21 世纪的头十年里,有了新的变化。这种新的变化正在被一种新兴的行政法所殖民化,而“第三代”行政程序就在这种新的行政法中扮演一种关键角色。毕竟,程序是行政法的基石,行政法主要依赖于大量的本质上是程序性的控制来确保行政行为的合法性。<sup>[5]</sup>综合西方行政法学者的研究,可以将行政国家的新面相概括为三个方面。

#### 1. 从国家为中心的行政到全球行政与国家行政并重的行政

虽然行政的国际化与行政的国家化具有同样古老的历史,但是,自第二次世界大战以来,国家行政不再是治理的中心或支配力量,超国家的行政与国际化的行政在全球事务治理中扮演越来越重要的角色,还出现了与国家行政地位相媲美的全球行政。全球行政的产生是各国政府与人民谋求“互惠性利益”之所需。因为在全球化背景下,分散的国家行政无法有效应对诸如安全、传染病、环境保护、银行业和金融危机、货物与服务贸易、知识产权、劳工标准、全球气候变暖、跨国犯罪组织、恐怖主义威胁以及包括难民在内的跨境人口流动等需要跨政府规制的领域。对于全球行政的发展过程,意大利宪法法院的法官萨比诺·卡塞塞(Sabino Cassese)将之概括为三个阶段:全球行政首先占领的地盘是有关和平与人权的领域;接着将自己的触手伸向海洋资源开发与利用、核垃圾、健康、劳工、环境保护和贸易等领域;最后,则迈向全球恐怖主义和金融危机等领域。<sup>[6]</sup>显然,对全球行政的治理须臾离不开各种层次的治理机构。对此,作为全球化行政及其法制化研究重镇的美国纽约大学法学院的研究人员认为,从当前发展来看,这样的全球性规制机构主要有五种类型:<sup>[7]</sup>一是通过条约或执行协定建立的正式的政府间组织体,像联合国安理会;二是由各国官员之间合作安

[3] Javier Barnes, “Reform and Innovation of Administrative Procedures”, In Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, (Spain: Global Law Press, 2008), pp. 15 - 16.

[4] 应松年:《中国行政程序法展望》,《中国法学》2010 年第 2 期。

[5] Salamon, Lester M, “The New Governance and the Tools of Public Action: an Introduction”, 28 *Fordham Urban Law Journal*, Issue 5, 1611, (2001), pp. 1614 - 1616.

[6] Sabino Cassese, “What is Global Administrative Law and Why Study It”, <http://www.eui.eu/RSCAS/Publications/>. (Last visited at Mar. 18, 2013).

[7] Kingsbury Benedict, Krisch Nico, Stewart B. Richard, “Emergence of Global Administrative Law”, 68, *Law & Contemp. Probs.* No3/4, 15 (2004 - 2005), pp. 19 - 20.

排组成的跨国网络实施的行政机构,比如巴塞尔银行监管委员会;三是在条约或网络等合作机制下对具有国外或全球关切的事项作出决定的国内政府规制者,例如,各国政府依据WTO协议所作出的能产生域外效力的行为;四是对国际事务实施规制的由政府代表与非政府组织混合构成的规制主体,较为著名的是互联网名称与数字地址分配机构;五是能够产生国际效果的私人规制机构,为人所熟悉的是国际标准化组织所实施的规制。

从这些形态各异的全球治理机构所实施的规制中不难发现,它们所实施的治理主要是规制性行政,对全球性的行政事务行使着种类繁多的公共职能,并通过各种途径不断渗透着国家行政的疆域,有时甚至明目张胆地绕过主权国家的行政法律,直接对公民社会产生影响,致使主权国家的行政法律出现“千疮百孔”的面貌。由此,随之而来的问题是,如何确保它们行为体现合法性所要求的民主性、高效性、问责性和科学性等。由于全球行政并不像国家行政那样,可以借助于代议制民主、定期的选举、正式的司法审查和强有力的行政问责等机制来实现自身的合法化。由此,作为一种有效的替代性机制——通过程序实现合法化——就显得至关重要了。恰如美国行政法学者所指出的:“因此,全球行政法领域的聚集点不在于实体规则的具体内容,而是与透明度、参与性、合理决策和确保全球治理合法性有关的既有或潜在的原则、程序规则、审查机制和其它机制”〔8〕。例如,作为全球行政典型的欧盟规制机构的复合式行政是通过所谓的复合程序来建立和保障的,并且这种复合程序与成员国规制机构以及欧盟规制机构实施的超国家行政任务的增长相匹配,其目的是借助于一种高效、和谐和统一的结构来实施不同层次的行政。〔9〕又如,将正当程序元素适用于全球性治理机构的决策过程,以弥补其“合法性赤字”。这样的例子可以见诸多个国际规制机构的决策。以堵塞对任何境外银行机构的国际监管漏洞为己任的巴塞尔银行监管委员会在2004年起草《新资本协议》的过程中,就引入了“公告—评论”程序;〔10〕作为全球最重要的食品安全标准制定机构的食品法典委员会,在制定食品安全标准过程中就采用了三个特别重要的程序规定:通过共识的决策、公平的参与以及透明性。〔11〕再如,国内规制机构实施的对他国产生影响的规制活动也将遵循新的程序要求。一个典型的例子是,主权国家在制定涉及气候变化、跨国界水资源利用等影响他国甚至全球的环境政策法规时,需要考虑其国际的和全球化的影响,负有一种对他国、对全球的“环境影响陈述”的程序性义务。〔12〕

## 2. 从集权主义的“命令—控制式”行政到合作主义的“伙伴—平等式”行政

在西方国家,伴随着全球化、市场化、私有化以及新政治经济学、大政府失灵等改革与学术思潮的兴起与发展,进入21世纪以来,在传统上,服务与规制由以政府主导的、自上而下的“命令—控制式”方式提供为特征的行政让位于一种以公与私共同完成的“伙伴—平等式”方式提供为特征的行政。例如,美国总统奥巴马在2009年签署了一份《透明和开放政

〔8〕 Kingsbury Benedict, Krisch Nico, Stewart B. Richard, “Emergence of Global Administrative Law”, p. 28.

〔9〕 Rohl, Hans Christian, “Procedures in the European Composite Administration”, In Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, (Spain: Global Law Press, 2008), pp. 75 - 96.

〔10〕 Barr, Michael S., Geoffrey P. Miller. Global, “Administrative Law: the View from Basel”, 17 *European Journal of International Law*, No. 1, 5 (2006), pp. 15 - 16.

〔11〕 Marielle D. Mathee, “The Code Alimentarius Commission and Its Food Safety Measures in the Light of Their New Status”, In Michelle Everson and Ellenvos (eds.), *Uncertain Risks Regulated*, (New York: Routledge-Cavendish, 2009), pp. 337 - 341.

〔12〕 Aman, Alfred C., Jr. “Proposals for Reforming the Administrative Procedure act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest”, 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, No. 2, 397 (1999), pp. 397 - 420.

府:为行政部门和机构首长的备忘录》,就指示联邦机构与来自社会大众的、私人的和非政府组织的利害关系人共同制定公共政策。<sup>[13]</sup> 对此,美国当代著名行政法学者奥利·鲁伯称之为公共行政的“第三条道路”。<sup>[14]</sup> 在这种“伙伴——平等式”行政中,并不意味着代表国家的行政权力的投降,也不是假设建立一个最小政府,<sup>[15]</sup> 而是要以新的视角来看待行政机关与各类私人行动者——个人、公司、非政府组织和其它组织——之间的关系。它们变得更加具有合作性、包容性和相互依赖性,行政机关将规制任务和成本源源不断地转移给私人部门,并以促进公共利益的方式来共享规制责任,从而超越传统行政上的公与私之间的区分。这样一种新的行政形态是组织公共责任和政治的新方法,<sup>[16]</sup> 也是比传统行政更有效率和效果的方法,在其中,公的和私的概念将被重新定义。

的确,合作行政能最大限度地利用私人主体的灵活性、专业性和丰富的管理经验,从而促进问题的解决,然而,私人主体有着趋利的天性,其运作主要奉行经济价值标准,而非透明、参与和中立等公法价值标准。当私人主体承担某项公共职能时,会极大地减轻行政机关为确保其行为透明的责任及其代表责任。由此,社会公众开始关注合作行政中损害民主程序、个人正义等问题。可见,合作行政引发了“民主赤字”。对此,美国行政法学者阿曼·小阿尔弗雷德·C. 精辟地指出,在将公法价值和目标转化为市场价值和市场现实的过程中,公民权的范围和民主机会常常被忽视。为了充分发挥公/私合作机制的积极作用,而又不削弱公民在国家政治活动中应有之地位,我们必须构建全新的、更为灵活的行政法,以消除“市场—国家”关系在某些方面的结构性缺陷。<sup>[17]</sup> 然而,这种“全新的、更为灵活的行政法”主要是程序导向的行政法。它将民主程序和公开的政治协商注入这种作为政府治理核心的公/私合作机制,它要为公众提供一个表达意见、展开协商并获取信息的“平台”,要为私人组织参与决策创造有意义的政治环境,以确保各方面的意见都能够充分地表达、经济和非经济方面的问题都能够被全面地考虑。由此,合作行政虽然开启了新的问题领域,但许多问题通过程序的方法能够解决。<sup>[18]</sup> 比如,如果行政机关通过合同的方式将监狱事务委托给私人公司管理,那么可以借助于程序安排来表达公共价值,即可以将这些合同视为行政法上的规则,必须遵循告知和听取意见等程序性要求,还可以在合同中规定强制性信息公开、公众协商和审计,从而符合正当程序的基本要求;<sup>[19]</sup> 又如,如果一个私人组织制定涉及食品、环境等事项的标准,那么就需要确保它的技术委员会的代表的组成保持相对平衡,以避免受到强大的利益团体的不适当的影响,或者,设计内部的私程序规则来促进信息公开、决策说明以

[13] Transparency and Open Government: Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies, 74 Fed. Reg. 4685 (Jan. 26, 2009).

[14] Orly Lobel, “The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, 89 *Minn. L. Rev.* No. 07 - 27, 342 (2004), pp. 344 - 345.

[15] Sagers, Chris, “The Myth of Privatization”, 59 *Administrative Law Rev.* Issue 1, 37 (2007), pp. 77 - 78.

[16] Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization,” 116 *Harvard Law Review*, No. 5, 1286 (2003), pp. 1285 - 1286.

[17] Aman, Alfred C., Jr., “Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law”, 49 *UCLA law Rev.* Issue 6, 1687 (2002), pp. 1715 - 1716.

[18] Aman, Alfred C., Jr., “Privatization, Prisons, Democracy and Human Rights: the Need to Extend the Province of Administrative Law”, 12 *Indiana Journal of Global legal studies*, Issue 2, 511 (2005), pp. 549 - 550.

[19] Freeman, Jody, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, pp. 1321 - 1324.

及公众的平等参与等。<sup>[20]</sup>

### 3. 从消极执行法律的行政到积极管理社会的行政

基于对三权分立理论经典的理解,西方国家传统行政法理论通常认为,行政的功能是对议会法律的消极执行,法律的制定与实施和执行是被严格区分的阶段。然而,这种与自由资本主义时期国家职能相匹配的消极行政再也无法适应当代西方国家所经历的福利国、环境国以及高风险国等多重国家形态重叠的现实。<sup>[21]</sup> 今日之政府不但要履行传统的基本职能,更被人们期待去承担积极回应各种各样需求,解决各类复杂的经济、政治、社会等问题的职能。由此,行政的功能已经发生了重大变化,即“由单纯的执行变成能动的目标导向的管理”。<sup>[22]</sup> 新的以目标导向的行政不再坚持立法、实施、执行和裁决过程的相互分离,相反,试图在这些过程中形成动态的互动。<sup>[23]</sup> 这是因为,在新的规制领域,法律只能规定行政机关的规制需要满足相应的价值和目标,其它则交由行政机关自行去完成,由此,行政既要承担立法(制定规章)的功能,也要承担执行的功能,行政的过程变成了对立法目标的确定、判断、权衡以及对实现目标的最佳手段进行选择 and 裁量等的管理过程。

当行政机关突破消极执行法律的境地——在立法机关设定的严密的规则之内行动,担当积极管理社会的新角色时,虽然它们能根据不断变化的现实,基于自身的判断,积极地 and 持续地作出最佳可能的决策,从而有效地回应社会、经济和政治发展的需求,但也不可避免地带来了合法性危机问题。这是因为,立法机关宽泛和模糊的授权指令使得行政机关裁量性权力不断扩张,本来应当由立法机关通过政治权衡来解决的政策选择问题,现在已经由行政机关自行判断和处理。这无疑是对在民主性上先天不足的行政机关“雪上加霜”。对此,美国著名行政法学者理查德·斯图尔特悲叹道:“行政机关根据宽泛的制定法指令行使自由裁量权以平等地、有效地履行其职责方面已经归于失败。”<sup>[24]</sup> 由此“民主赤字”就自然产生了。

然而,在西方行政法学者看来,缓解“民主赤字”的方法并不是要固执坚持“传送带”模式——借助于法院的权力来审查行政行为是否遵守了通过民主选举组成的立法机关制定的法律,因为这会导致行政管理的疲软和行政法规制定的僵化;也不是求助于由法律人推动的利益代表模式程序——因为这会使行政管理过程过分迟延,<sup>[25]</sup> 而是要设计新型的程序来确保行政机关既能积极回应社会需要,又能保证行政过程的合法化。比如“政府—利害关系人网络结构”,这一新的程序形式不同于行政机关过去使用的那种企图单方决定被管理者行为的方法,而是具有行为方式的灵活性、创新性、透明性并且可以使行政机关和被管理者之间相互知情等特征。在欧盟,这一方法在《协商公开法》下被广泛用以执行在成员国中的

[20] Freeman, Jody, “The Private Role in Public Governance”, 75 *New York University Law Rev.* Issue 3, 543 (2000), pp. 589 - 590.

[21] [德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,陈霄译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第82-86页。

[22] 王锡锌:《当代行政的“民主赤字”及其克服》,《法商研究》2009年第1期。

[23] Orly Lobel, “The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, p. 391.

[24] [美]理查德·斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岗译,商务印书馆2002年,第27页。

[25] Mark Seidenfeld, “Demystifying Deossification; Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking”, 75 *Tex. L. Rev.* No. 3, 483, (1997), pp. 483 - 484. Jody Freeman, “Collaborative Governance in the Administrative State”, 45 *UCLA L. Rev.* Issue 1, 1 (1997), pp. 18 - 19.

社会服务管理方案。<sup>[26]</sup>而在美国,行政机关也有许多理由来采用这一策略从而推动其目标的实现:减少因更正式程序而导致的办事成本;充分利用选民的知识 and 经验,并确保其更有效地参与到政策的执行中来;非政府的选民也有足够动力来参与这一过程。<sup>[27]</sup>可见,这些新的程序旨在用一种合作的、审议的和整合性的方法来缓解行政的“民主赤字”。

## (二)传统行政程序以及程序法面临的困境

当传统行政国家的边界被打破,行政进入了新的未知领域,行政法,特别是行政程序法也需要作出回应。这是因为行政法主要通过程序来实现对行政的控制,行政法“使用程序和结构来形成行政机关的自由裁量权,从而确保行政机关对自身行为的负责:行政机关必须向他人证明它们所做出的决定与理性、回应性和可审查性的公法价值是一致的,于是,行政法规制规制者。”<sup>[28]</sup>可见,行政程序和程序法必须设法穿越曾经是无法逾越的边界,以便为行政国家的新面相保驾护航。然而,面对行政国家新的广阔腹地,传统行政程序以及程序法显得力不从心。它们类似于“罗塞塔石碑”,<sup>[29]</sup>记录了在一个既定的历史时刻行政国家的发展形态。其主体部分在20世纪中叶已经形成,有助于人们破译那个时代的行政法和社会自身的主要原则和价值。

可是,面对行政国家的新面相,传统行政程序以及程序法已经与社会现实不相匹配,<sup>[30]</sup>至少就这样一些领域或事项,几乎没有加以规范:(1)公共行政的私生活领域:当行政机构收拾起“制服”,以一个公民身份行动时,它应当如何行动与决策,是否应当仅仅受制于私法规制?(2)私人行动者的公共生活领域:当私人行动者的活动与公共利益相关时,它们应当如何行为与决策,是否需要受制于行政法规制?(3)当行政机关不是通过正式的和有约束力的行政手段行动时,它们如何做出非正式的决定,如何制定软法,进行协商,以及寻求一致或披露信息?(4)国内行政的国际生活领域:当行政机关的活动超越国界时,它们应当如何行为和决策,以及它们代表谁?<sup>[31]</sup>换言之,当行政机关作为国际上的法律制定者,以制定软法或硬法、指南等的角色而行动时,就需要新的程序安排,而这与传统的行政程序法非常不同。(5)当行政机关和不同类型的私人行为主体之间以互动方式实现公共利益时,它们之间的结构就不再呈现为传统行政法所调整的直线型形态,而体现为一种特殊的网络状态,对于行动者及其参与者的行为形式、知识和信息的使用等问题,如何规范?如果不通过科学的程序用以解决上述问题,那么由此造成的行政的无效率性以及对于民主与法治原则的放松的弊端是显而易见的。

[26] Catherine Barnard Simon Deakin, “Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union”, 8 *Colum. J. Eur. L.* Issue 3, 389 (2002), pp. 411 - 412.

[27] Richard B. Steward, “Administrative law in the Twenty-First Century”, 78 *N. Y. U. L. Rev.* No. 2, 437 (2003), pp. 448 - 449.

[28] Bamberger, Kenneth A, “Regulation, Prisons, Democracy, and Human Rights: the Need to Extend the Province of Administrative Law”, 12 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Issue 2, 511 (2006), pp. 511 - 550.

[29] 罗塞塔石碑 (Rosetta Stone, 也译作罗塞达碑), 高 1.14 米, 宽 0.73 米, 是一块制作于公元前 196 年的大理石石碑, 原本是一块刻有埃及国王托勒密五世 (Ptolemy V) 诏书的石碑。石碑上用希腊文字、古埃及文字和当时的通俗体文字刻了同样的内容。由于这块石碑刻有三种不同语言版本, 使得近代的考古学家得以有机会对照各语言版本的内容后, 解读出已经失传千余年的埃及象形文之意义与结构, 而成为今日研究古埃及历史的重要里程碑。

[30] Rubin, Edward, “It is Time to Make the Administrative Procedure Law Administrative”, 98 *Cornell Law Rev.* Issue 1, 95 (2003), pp. 100 - 106.

[31] Zaring, David, “Best Practices”, 81 *New York University Law Rev.* No. 1 (2006), pp. 294 - 350.

可见,随着行政国家扩大到以前隐藏在封闭的边界后面的那些领域,对于在那里所发现的对合作和扩展参与的需求,旧的行政程序并不能加以容纳。由此,以西班牙赛维利亚大学哈维尔·巴恩斯教授为代表的行政法学者提出“第三代”行政程序来对之作出有效回应。

## 二 行政程序的理想类型

然而,若要揭开“第三代”行政程序的神秘面纱,我们不得不进入巴恩斯教授所建构的旷阔的行政程序的理想图景。的确,面对西方不同国家不同时期所拥有的数量繁多、种类复杂的行政程序,如果缺乏科学的研究方法对之加以类型化,那么既无法认清它们的面貌,也不能对之作出预见性的研究,从而有效回应行政国家的新面相。对于巴恩斯教授也意识到了这一困境,他运用德国著名社会学家马克斯·韦伯的理想类型方法,<sup>[32]</sup>以行政机关在行政程序中的角色以及行政程序所调整的行政行为类型作为变项,将西方国家自19世纪以来的行政程序分为三种理想类型,即“第一代”行政程序、“第二代”行政程序以及当前处于不断发展与演变中的“第三代”行政程序。<sup>[33]</sup>由此,对“第三代”行政程序的考察需要置于“第一代”和“第二代”行政程序的背景之中才能完成。

### (一)“第一代”行政程序

“第一代”行政程序肇端于19世纪中叶。它所调整的行为是行政机关对特定人或事做出的个别决定,比如,行政许可、裁决、处罚、强制等。在大陆欧洲和拉丁美洲的行政程序法中,这些个别决定被称为“行政行为”。而在美国行政程序法中,则被称为“行政裁决”。我们可以在1889年的《西班牙行政程序法》中找到它的典型情形。然而,让人感到吃惊的是,自19世纪以来,“第一代”行政程序的基本结构一直保持相对未变的状态,并且,在可以预见的将来,它们依然会保持不变。当今许多国家的行政程序法都属于这一代,比如,德国、葡萄牙、澳大利亚、意大利、法国和拉丁美洲国家等。“第一代”行政程序的目的主要是保证行政机关正确地适用和执行法律以保障公民的权利并限制行政裁量权。为达此目的,它在本质上是一种模仿“法庭程序”和“法官角色”的程序,行政机关类似于法官,它们在做出行政决定之前需要依法履行调查事实、询问当事人、举行听证、审查事实、说明理由、制作行政案卷、送达行政决定书等步骤。这正如美国行政法学者所解释的,要求行政官员坚持司法标准和使用准司法的程序,是行政法的普通法遗产,这一点也影响了对行政官员的法律训练以及这样一个事实,大部分行政机关不得不花费大量的时间来满足这样一种程序。<sup>[34]</sup>的确,与行政机关的工作人员相比,法院中的法官,由于受过严格的程序性规则的训练,具有更大的制度能力来处理法律规范问题,而让行政机关模仿法院来做出决定,对于保障行政相对人的权利是非常有利的。这就不难理解,为何时间老人的车轮行驶了100多年,“第一代”行政程序依然保持着活力。

[32] [德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法等译,中央编译出版社2002年版,第19页。

[33] Javier Barnes, “Towards a Third Generation of Administrative Procedure”, In Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth (eds.), pp. 342 – 349.

[34] Grisinger, Joanna, “Law in Action: the Attorney General’s Committee on Administrative Procedure”, 20 *Journal of Policy History*, Issue 3, 379(2008), pp. 411 – 412.

## (二)“第二代”行政程序

“第二代”行政程序发轫于第二次世界大战结束之后。它所调整的行为是行政机关制定规章(次级立法)的行为,1946年《美国联邦行政程序法》可以作为它的原型。1950年代以来,欧洲国家的行政程序法中涉及的行政立法的内容也属于这一代。它是这样一个事实的自然结果:迫于现代行政的多样性和复杂性,议会不得不将立法权力授予给行政机关——先是将立法权委托给行政机关行使,后来这种立法委任成为一种常态,最后干脆将某些领域划归行政立法的范畴,行政立法从而取得了自主性。比如,1791年法国宪法规定议会对立法权享有垄断权,而到了1958年宪法则明确将大量行政事务的立法权划归给以总理为首的政府。“第二代”行政程序的目的是确保行政机关在从事影响不特定人的权利和义务的行为时能够符合议会授权法的目标,从而实现民主的合法性。由此,与“第一代”行政程序模仿“法庭程序”不同,“第二代”行政程序模仿了“立法程序”。行政机关在制定行政规章时的角色类似于“立法机关”。它们要依法履行立项、提出草案、审议和交付表决与公布等程序。同时,行政机关也要为受该规章影响的公众提供参与的机会,听取他们的意见和建议。然而,社会公众的参与权并不是一种与行政机关平起平坐的权利,也就是行政机关并没有将受规章影响的人视为自己的合作者。可见,这样一种参与权属于“防御性的参与权”。由于在现代行政国家背景下,促使代议机关不再对授权法的标准保持沉默或者规定实质性标准的条件并没有改变,由此,“第二代”行政程序也将继续发挥自己的功能。

## (三)“第三代”行政程序

“第三代”行政程序开端于20世纪晚期。如前所述,它是为了回应全球化行政、合作行政以及目标导向的行政等行政国家的新面相而产生的。它所调整的行为是各种各样的公共政策。我们可以在2001年开始生效的欧盟战略环境影响评估程序,<sup>[35]</sup>以及为美国行政法学者斯图尔特教授所推崇、且在美国盛行的“政府——利益相关人网络结构”中找到它的原形。<sup>[36]</sup>行政国家新面相下的“第三代”行政程序将不再模仿“法庭程序”或“立法程序”,在公法广袤的世界中,它将取得自己的“身份”,体现显著的“行政”性质。它对行政程序持一种非常宽泛的、综合的理解,即不仅仅旨在作出一个最终决定(裁决或规章),而且还旨在在行政机关之间、行政机关和公民之间、国内行政机关与国际行政机关之间建立一种长久的沟通。“行政程序被结构化为信息收集和处理过程……它们被设计成让行政机关理性的行动。这种程序并不总是导致一个具体的具有法律约束力的决定。直接的行政活动、内部的行政合作以及定期的报告等都可以视为是行政程序的目标。”<sup>[37]</sup>从结构上看,不像“第一代”和“第二代”行政程序主要是线性的安排,“第三代”行政程序可以是一种复杂的交织的网络,类似于蜘蛛网,或者星形。它将公共政策视为一个过程,而不是一个产品,不像“第一代”行政程序那样试图从法律中析取或提取行政的方法或决定,而是试图通过程序发现最佳方法(比如,最佳的环境可持续方法),并将规则、标准、信息、讨论、监督等视为行政程序本身的功能。它通过灵活性、非正式性、公众参与、新的责任形式和相互学习来做出和实施

[35] European Commission, Strategic Environmental Assessment, <http://ec.europa.eu/environment/eia/home.htm>. (Last visited Mar. 24, 2013).

[36] Richard B. Steward, “Administrative law in the Twenty-First Century”, pp. 448 - 449.

[37] Eberhard Schmidt-Abmann, “Structures and Functions of Administrative Procedures In German, European and International Law”, In Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, (Spain: Global Law Press, 2008), p. 47.



公共政策,因而,它已经演变成一个周期性的统一体,没有一个清晰的开始或强制性的结束的标志。从运行环境上看,它也不像“第一代”和“第二代”行政程序,主要是在一个等级制的、以国家行政机关为中心的环境下运作,而是在一种新的、非等级式的和去集权化的环境中运行,它重视公与私的机构之间的相互合作,国家的和超国家之间的治理。它的目的主要不是去控制,而是去调整公共的和私人的行动者之间的关系,建立更有效的参与形式,协调政府之间的多层次合作,允许多样化和分权化,扩大协商领域,相互收集信息,允许更多的弹性。新的行政国家形态方兴未艾,且行政不断进入新的未知领域,由此,“第三代”行政程序也处于发展之中,而且其典型特征已经出现,且具有远大前景。

#### (四)“三代”行政程序之联系与区别

然而,通过绘制代际行政程序的方法来评估现行政程序并为将来改革指明方向,是否意味着“三代”行政程序之间属于“水火不容”的状态,或者说,“第一代”与“第二代”行政程序已经过时或被淘汰?对此,巴恩斯教授的观点是非常鲜明的。他认为每一代行政程序都是对一个特定的目标或情境做出反应。这就是说,更新一代的行政程序并没有让更老一代的行政程序过时,相反,在实践中,这“三代”行政程序之间还存在重叠。<sup>[38]</sup>

可是,强调它们之间存在联系,并不能抹杀它们之间的区别。在巴恩斯教授看来,它们之间存在本质上的差异,它们分属于不同的时代,是对行政国家的不同形态做出的回应。如果用托马斯·库恩的话来讲,它们属于“不同范式”的行政程序。<sup>[39]</sup>那么,它们的区别到底在何处?事实上,前文对“三代”行政程序的各自内涵、特点等的评析,已经能够窥探到其中的差异。然而,从严格的科学研究角度而言,依然需要对其做出更明确和详细的阐述。为此,可以选择能够描述或体现这“三代”行政程序的典型特征的要素来加以比较。在巴恩斯教授的视野中,这些要素多达15项:出现时间、出现地方、范围、目标、程序本质、关注焦点、行政程序的模式、行政模式、规制方法、行政程序和裁量权、信息收集和处理、私人行动者<sup>[40]</sup>的角色、作为一种沟通体系的行政程序、行政程序与法的关系以及行政机关与立法机关的关系。他认为,在这15个方面,这“三代”行政程序之间都存在不同。<sup>[41]</sup>

基于简练以及突出重点的考虑,笔者选择其中的6个要素加以展开分析:(1)就关注焦点而言,“第一代”和“第二代”行政程序都追求行为的结果,区别在于前者所追求的是“行政裁决”的结果如果用中国行政法上的术语讲就是“具体行政行为”的结果;后者追求的是“行政立法”的结果。“第三代”行政程序的聚焦点则是公共政策的全过程,而这个全过程被定义为行政机关制定、实施或执行公共政策的任何行为,它包括但不限于:识别和定义一项公共政策的议题;为一项新的政策框架定义方案;扩大方案的范围;识别用以解决问题的方法;在方案之间,确定优先性;选择优先确定的方案;执行方案;项目管理;制定和适用规章;执行

[38] Javier Barnes, “Towards a Third Generation of Administrative Procedure”, In Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth (eds.), p. 344.

[39] [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,李宝恒、纪树立译,上海科学技术出版社1980版,第71页。

[40] 这里的私人行动者的清单包括,但不限于:个人、私人公司、金融机构、公共利益组织、国内与国际的标准设定组织、行业协会、工会、商业网络、咨询委员会、专家小组、自我管制组织与非营利组织。

[41] Javier Barnes, “Towards a Third Generation of Administrative Procedure”, In Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth (eds.), pp. 346 - 349.

规章;评估决定的影响。<sup>[42]</sup> (2)就规制方法而言,“第一代”和“第二代”行政程序都属于“命令—控制型”规制方法;而“第三代”行政程序则是治理的各种新方法,它是区别于对抗或裁决的各种协商和共识的模式、方法或过程,包括但不限于:公众参与、协商民主、对话、公众咨询、多元利害关系人的合作、契约或合同、合作式公众管理、谈判、在线商谈以及信息交流等。<sup>[43]</sup> (3)就私人行动者角色而言,在“第一代”行政程序中,私人主要是行政决定的目标,他们处于被支配和要求服从的角色;在“第二代”行政程序中,私人是行政规章的实施对象,他们虽然享有听证的权利,但此类权利仅仅是防御权,并不能对行政机关的行为产生实质性的制约作用,因而,他们主要处于“遵守”或“不遵守”规章的地位。在“第三代”行政程序中,私人与行政机关之间处于平等地位,他们主要是行政程序的合作者,与行政机关是伙伴关系。私人在行政程序中的作用从纯粹的咨询性升至全面承担决策权力。这种新型的关系是以完全不同于“第一代”和“第二代”行政程序中的行政机关与私人关系的假设为前提的:知识广泛分布在社会之中,行政机关并不能垄断知识。有时,私人行动者比行政机关拥有更完整的知识。(4)就信息收集和处理而言,在“第一代”行政程序中,行政机关通常遵循依据职权调查原则,自行收集和处理做出行政决定所需要的信息。有时,行政程序法虽然也规定了行政机关与公民之间的交流渠道,比如,对于何种具体行政行为需要举行听证、谁有权参加听证、通过何种方式参加等问题,但这种规定通常非常严格和有限。在“第二代”行政程序中,行政机关也是依职权来收集信息。虽然一些国家的法律规定利害关系人和社会公众有权参与行政规章制定过程,但这种参与的主体是非常有限的,且经常是在程序的末端进行参与。在“第三代”行政程序之中,行政机关与各类私人行动者之间的信息交换和沟通将贯穿于公共政策形成和实施的全过程。他们之间的信息交换和处理形式多种多样。行政程序法将提供灵活、多样和“软性”的信息沟通方式;私人行动者也可以调查和收集信息,并与行政机关进行公开的、持续性的和流动性的交换。(5)就行政模式而言,不论是在“第一代”,还是在“第二代”行政程序之中,它们所对应的行政都是一种等级制的、金字塔形的,或者说是一个锥体的行政等级制。行政机关做出行政决定或制定行政规章主要是一个集中的自上而下的规制过程,是垂直式地传递命令和信息的过程。这种行政是国家导向的,对超国家行政、与私方行动者合作的行政则无暇顾及。而“第三代”行政程序所对应的行政是全球行政、网络行政、合作行政、非正式行政等所谓的“新治理行政”。<sup>[44]</sup> 此类行政特别强调网络的和合作的方式,通过软法(例如,指南、手册和解释等)、非正式的活动(提供服务)、协商和对话(比如,协商式规章制定)等形式进行治理等。(6)就行政程序模式而言,“第一代”行政程序属于司法模式,程序的展开类似于法官作出判决:双方的、对抗性的程序,面向最后一个决定的一系列行政活动过程。行政程序被设计成仅仅适用实体法的一种方法,行政机关可以在法律中发现需要做出的行政行为。“第二代”行政程序是立法模式:程序类似于法律的制定过程,行政行为以一种准立法的方式进行。行政机关所制定的规则和规章是基于先前的法律所确

[42] Lisa Blomager Bingham, "The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance", 10 *Wisconsin Law Rev.* No. 2, 279, (2010), p. 299.

[43] Scott Burris et al., "Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship", 41 *Akron L. Rev.* Issue 1, 1 (2008), pp. 49 - 53.

[44] David M. Trubek & Louise G. Trubek, "New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation", 13 *Colum. J. Eur. L.* No. 3, 539, (2007), pp. 539 - 542.

立的实质性标准,因而是一种增量行为。“第三代”行政程序属于治理的新模式,等级制已经被更具流动性和相互性的协商式网络结构所代替。程序性要求应当适用于所有行政活动,不仅仅是规章制定和裁决,而且也包括政策制定和执行职能,有时也可以适用于私人活动。行政机关和私人行动者通过行政程序本身来制定规则和标准、收集信息、分配资源,研究计划,指导目标、策略性执行,公与私的合作等。由此,制定公共政策是一种创新性行为,是突破法律规定的“质变”行为。

### 三 “第三代”行政程序的典型制度形态

当我们使用了大量笔墨来阐述“第三代”行政程序的含义、特征等形而上的内容时,随之而来的疑惑是,在真实世界中,“第三代”行政程序确实存在吗,或者这只是巴恩斯教授为代表的西方行政法学者的“思想试验”?的确,任何一种新的理论观点的提出与证成,都源于丰富的经验材料,同时,又需要返回到现实世界中去验证。事实上,前文在对“第三代”行政程序的剖析过程中,已经提到了一些典型的制度形态,接下来,笔者将对其作进一步的论述。

#### (一) 欧盟战略性环境影响评估程序

欧盟战略性环境评估程序<sup>[45]</sup> (*Strategic Environmental Assessment*, 简称 SEA) 是欧洲议会和理事会在 2001 年 6 月通过的一个框架性的法律 (Directive 2001/42/EC)。它要为成员国国家层面的、地方或地区层面的公共机构如何评估重要的官方计划和项目对环境的影响确立一个最低限度的共同程序。<sup>[46]</sup> 欧盟战略性环境影响评估程序建立在这样一个理念的基础之上:“环境问题的显著特征是它们与生态系统和地理面貌,而不是政治的边界密切联系,这经常让孤立的行政行为无效,由此,需要各个层面的公共机构之间相互合作”<sup>[47]</sup>。它的基本含义是用以分析政策、计划或项目对环境的影响的一个系统的过程,是强调与竞争性的利益和价值以及相关的方案、信息和证据相联系的理性的决策过程。它以一种整体性的和跨部门的方法来实施可持续的发展,考虑了可持续发展中的经济的、社会的和环境的纬度,在本质上属于一种主要在公共机构之间开展合作的行政程序。<sup>[48]</sup>

之所以认为欧盟战略性环境影响评估程序属于“第三代”行政程序,理由在于:传统的行政程序(指“第一代”和“第二代”)主要关注行为的结果,关注对法律的执行,关注对该结果的司法审查,而不在意决策的过程。然而,欧盟战略性环境影响评估程序将更多关注决策

[45] European Commission, *Strategic Environmental Assessment*, <http://ec.europa.eu/environment/eia/home.htm>. (Last visited Mar. 24, 2013).

[46] 这些计划和项目涉及农业、林业、渔业、能源、工业、交通、废物管理、水管理、电信、旅游、城镇和乡村规划或土地的使用。

[47] Javier Barnes, “Collaboration among Public Administrations through Domestic Administrative Procedure”, In Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, (Spain: Global Law Press, 2008), p. 175.

[48] 它由四个环节构成:(1)计划和项目的审查阶段,以确保符合 SEA 的要求。该阶段会做出一份审查陈述;(2)限定需要评估的关键因素,突出计划或项目中的哪些问题会对环境产生重要影响。该阶段会做出一份限定报告;(3)对潜在的环境影响的识别、预测、评价和缓解。该阶段会做出一份 SEA 报告,利害关系人有权对该报告加以评论;(4)协商、修订和采纳后的活动。The European Parliament and of the Council, *Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*, <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf>.

的内部结构,而不是最终结果。它不是一个执行程序,几乎与执行没有联系。程序的主要角色存在于它的内部阶段:公众的参与、内部机构之间的合作、多元利益的权衡等。在该程序中,广泛的行政合作和互动不仅仅发生在项目或计划的执行阶段,更为明显的是,还发生在预备阶段,即议程设定和政策形成阶段。它具有四个显著特征:<sup>[49]</sup>(1)在合作对象上,它将所涉及的各个层面的所有公共机构整合起来:项目的责任机构、环境或咨询机构以及其他受该项目影响的行政机构。(2)在合作幅度上,它覆盖了从项目的审查到监督的所有行政程序的阶段。合作持续不断地贯彻于计划或项目的所有阶段。它将国内的公共机构之间的合作扩展到议程的设定、政策的制定和执行上。(3)在合作程度上,它覆盖了多重任务,比如,最佳可得信息的收集、信息的交换和信息的处理。此外,它还考虑替代性方案和监督方法。(4)在合作功能实现方式上,它不依赖于传统的命令和控制式行政程序,而是通过非正式的和现代化的行政程序规则,这些规则以一种更为灵活的和公开的方式来执行。这是因为更佳的政策制定实践需要灵活性,而欧盟战略性环境影响评估程序作为一种决策过程,能够并且应当被灵活运用于整个决策的过程。“它们是富有弹性的和顾客导向的、试验性的和可修正的,参与式的和开放性的。”<sup>[50]</sup>行政机关可以选择多种方式,诸如公开的会议、机构之间的论坛、共识会议、顾问委员会、指导小组以及焦点小组等。

的确,作为一种新的行政程序,即便是行政程序法治较为发达的一些欧洲国家,如果他们的国内法中缺乏相关传统,那么在实施欧盟战略性环境影响评估程序时也会遇到困难。因为这些国家中的过时的程序工具无法满足该程序所提出的挑战。然而,如果一些国家的国内法中存在相关传统,那么就能取得很好的效果。对此,欧洲的行政法学者已经为我们提供了许多实例。<sup>[51]</sup>

## (二)美国的协商制定规则程序

协商制定规则程序是以合意<sup>[52]</sup>为基础的过程,通常由行政机关召集(行政官员或在纠纷解决方面富有经验的独立第三方作为召集人),利害关系人借此可以就规则的实体内容进行协商的行政立法方式。美国著名行政法学教授理查德·斯图尔特将此类程序称为“政府——利害关系人网络结构”,<sup>[53]</sup>在本质上,它属于“公与私”合作程序。“不同于过去的那种企图单方决定被管理者行为的方法,在制定和执行规制政策过程中,行政机关业已创造了多种策略以赢得包括商业企业和非赢利团体在内的各种政府和非政府组织的支持。”<sup>[54]</sup>

根据美国学者朱迪·弗里曼的统计,自 1982 年到 1990 年,美国行政机关已经发起了 67 项协商制定规则的活动,做出了 35 项最终的规则。至少有 17 个行政机关进行过一次协商行政立法,而环保署则制定了 12 项协商性规则。经过 10 年试验之后,美国国会于 1990 年颁布

[49] (Last visited Mar. 24, 2013). The European Parliament and of the Council, Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf>.

[50] (Last visited Mar. 25, 2013). Javier Barnes, “Collaboration among Public Administrations through Domestic Administrative Procedure”, In Javier Barnes (ed.), *Reform and Innovation of Administrative Procedures*, p. 178.

[51] P. Scott & P. Marsden, “Development of SEA Methodologies for Plans and Programs in Ireland”, <http://wenku.baidu.com/view/4969e92bcfc789eb172dc86e.html>. (Last visited Mar. 24, 2013).

[52] “合意”可以被界定为“没有实质性分歧”或“没有重大分歧”的简单多数表决。Jody Freeman, “Collaborative Governance in the Administrative State”, 45 *UCLA L. Rev.* Issue 1, 1 (1997 - 1998), p. 40.

[53] Richard B. Steward, “Administrative law in the Twenty-First Century”, 78 *N. Y. U. L. Rev.* No. 2, 437 (2003), p. 448.

[54] Richard B. Steward, “Administrative law in the Twenty-First Century”, p. 448.

《协商制定规则法》，将该过程予以制度化。1996年和1998年，美国国会两次授权该法。<sup>[55]</sup>在很大程度上，这种新型规则制定方式是为了回应根据“第二代”行政程序——对抗性程序——制定规则过程的失败：规则制定程序僵化，实施前后矛盾，无效、无能与不民主而遭遇四面楚歌。<sup>[56]</sup>“协商行政规则制定过程的独一无二特质是共同性、互动性以及合意性，会在增加利害关系人的满意度方面直接或间接发挥关键性作用。”<sup>[57]</sup>该新型程序具有两个显著特征。一是制定规则的协商委员会组成人员的开放性以及成员之间的平等性。《协商制定规则法》要求拟就规则进行协商的行政机关正式确定协商制定规则是出于公共利益，且要在《联邦登记》上公布协商委员会的构成以便公众申请参与。除了联邦行政机关之外，协商制定规则委员会可能的成员还包括被规制的行业、贸易协会、工会组织、公共利益组织以及州与地方政府的代表。《协商制定规则法》还规定，每一方的参与者都拥有与委员会其他成员相同的权利与责任。<sup>[58]</sup>这意味着行政机关与利害关系人在协商制定规则过程中发挥的作用是平等的。二是所制定的规则是经合意完成，行政机关并没有占主导地位。协商委员会的成员不仅设计需要制定的规则的实体内容，也设计参与的基本规则，比如，提出程序性的规则、建立小组委员会以完成被赋予的任务。值得一提的是，虽然《协商制定规则法》容许当事人对合意做出界定，但它也规定，当不存在一致同意的定义时，合意就需要全体一致同意。<sup>[59]</sup>可见，这可能会给某一方当事人挟持协商的机会。委员会通常通过创造性的界定全体一致以避免僵局，容许当事人在不对协议整体持异议的情况下保留自己的意见。<sup>[60]</sup>

然而，需要注意的是，在协商制定规则的试验过程之中，一些行政法学者对其合法性提出了怀疑。<sup>[61]</sup>比如，通过把决策的责任转移给并不向公众或国会负责的利害关系人，协商制定规则诱使行政机关放弃职责。协商制定规则难以满足正当性的民主标准。首先，该过程的包容性不足，因为只有数量有限的当事人参与；其次，协商召集组织的权力具有操纵结果的力量，行政机关或强势集团也能预先操纵结果；再次，即使行政机关能够通过来自所有各方的代表平衡协商委员会，但没有哪一个单一利益主体能充分代表选民或消费者。面对这些质疑，美国国会在1990年的《协商制定规则法》中给予了回应。该法要求联邦行政机关在《联邦登记》通告协商制定规则；<sup>[62]</sup>正式许可设立协商委员会，<sup>[63]</sup>而且要遵守《联邦咨询委员会法》对透明度与责任性的要求；<sup>[64]</sup>协商委员会的会议应当公开进行，所有参加者的意见都需要被听取，由此，没有哪一个利害关系人可以被完全排除在外，<sup>[65]</sup>如果某个组织被排除在外，则是因为它提出的问题已经被另外一个组织所代表；任何可能遭受拟议制定之规

[55] Jody Freeman, Laura I. Langbein, "Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit", 9 *N. Y. U. Envtl. L. J.* Issue 1, 60 (2000 - 2001), p. 60.

[56] Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", p. 1.

[57] Jody Freeman, Laura I. Langbein, "Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit", p. 64.

[58] Negotiated Rulemaking Act § 566(b).5 U.S.C. § 561 - 570 (1994).

[59] Negotiated Rulemaking Act § 566(b).5 U.S.C. § 561 - 570 (1994).

[60] Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", p. 40.

[61] Jody Freeman, Laura I. Langbein, "Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit", pp. 71 - 73.

[62] Negotiated Rulemaking Act § 566(b).5 U.S.C. § 564(a) (1994).

[63] Negotiated Rulemaking Act § 566(b).5 U.S.C. § 565(a) (1994).

[64] Negotiated Rulemaking Act, 5 U.S.C. § 566(d), (g). (1994).

[65] Negotiated Rulemaking Act, 5 U.S.C. app. § 5(b)(2). (1994).

则严重影响的个人或组织,都可以申请成为协商规则制定委员会的成员,<sup>[66]</sup>并且,即使行政机关拒绝其申请,他们依然可以以听众的身份自由参加。非常重要的一点是,《协商制定规则法》要求行政机关将协商制定的规则按照传统方式进行公告与评论。<sup>[67]</sup>此外,协商制定规则并未影响对行政机关的外部制约。只要具备传统的起诉资格,任何当事人都可以要求对协商制定之规则进行司法审查,而且在审查中,这些规则也不会因为经过了协商而受到额外的对待。事实上,美国国会拒绝在《协商制定规则法》中规定一个较低的审查标准。<sup>[68]</sup>对于协商制定规则的发展前景,朱迪·弗里曼经过实证研究,得出这样一个比较乐观的结论:“我们鼓励行政机关更广泛地就更多的规制问题采取协商行政立法活动,促使该过程的批评者对其另眼相待。”<sup>[69]</sup>

除了这两种典型的“第三代”行政程序的制度形态外,事实上,在美国和欧洲国家,我们还可以发现更多的“第三代”行政程序的实例,比如,在美国,行政机关在提供市政服务和行政医疗保健方面与政府和非政府实体的协作安排;针对《濒临灭绝物种保护法》的严格规定,行政机关与被联邦自然资源管理机关划定的保护区内的居民、土地所有者、开发商及地方政府之间的协商;行政机关将疗养院、联邦医疗补助计划和监狱事务外包给私人等等。在上述例子中,联邦行政机关主动出击,并在程序中占据了主导地位,其结果便是在协商的基础上与各参加者达成一种准契约性质的关系。它们既扮演契约当事人促进者的角色,又扮演规制者的权威性角色,进而解决行政管理中所存在的问题。<sup>[70]</sup>

## 四 代结语:对中国行政程序法制建设之寓意

以上,笔者论述了“第三代”行政程序在欧美国家的概貌,可以发现它们的行政程序以及相应的程序法律制度正经历着剧烈的变迁。虽然每一代行政程序都担负着特定的使命,因而都具有相应的生命力,但面对行政国家的新面相,以“第一代”和“第二代”行政程序为基础建构起来的行政程序法的大部分内容已经跟不上时代发展了,变得缺乏效率,相关的概念也存在偏见。而“第三代”行政程序的提出则为行政程序法律制度的发展指明了新的方向,也为有效回应行政国家新发展提供了替代性的制度选择,尽管它依然处于不断完善之中。

带着这样一种发现,当把目光投向我国的行政国家、行政程序及其法制化现状时,也可以发现,我国行政程序及其法制化虽然取得了不小的成绩,但同样面临欧美国家传统行政程序及其法律制度所遭受的困境。众所周知,1990年10月1日起实施的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第54条将“符合法定程序”规定为具体行政行为合法的三大要件之一,从此确立行政程序法在我国行政法治建设中的重要地位。此后20多年来,我国行政程序法治化取得了显著进步,基本行政程序制度的法治化水平已经比较高,特别是2008年10月1日起实施的《湖南省行政程序规定》,被行政法学者称为启动中国统一

[66] Negotiated Rulemaking Act, 5 U. S. C. § 564(b). (1994).

[67] Negotiated Rulemaking Act, 5 U. S. C. § 563(a)(7). (1994).

[68] Negotiated Rulemaking Act, 5 U. S. C. § 570. (1994).

[69] Jody Freeman, Laura I. Langbein, “Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit”, p. 138.

[70] Richard B. Steward, “Administrative law in the Twenty-First Century”, pp. 448-449.

行政程序立法破冰之旅的地方政府规章,预示着我国已经具备制定统一行政程序法典的法制基础。<sup>[71]</sup>然而,将来的统一行政程序法典应当以“哪一代行政程序”为基础来建构,则是需要认真研究的。对此,我们可以借用巴恩斯教授的行政程序的代际分析模式来描述中国行政程序现状。

一方面,从上个世纪90年代以来,我国立法机关制定的最重要的涉及行政程序的法律,比如,《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》》等等,都属于巴恩斯教授所提出的“第一代”行政程序。在此类行政程序中,行政机关像法官做出判决那样来做出具体的行政行为,它们通常处于命令、指挥等主导地位,而行政相对人处于服从、配合的地位。另一方面,从上个世纪90年代以来,行政机关制定行政法规范的程序法一直处于匮乏状态。直到2000年《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)以及2002年《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的实施,行政立法的行政程序法才得以发展起来。它们都属于巴恩斯教授所提出的“第二代”行政程序,行政机关要像立法机关那样来制定行政法,比如,对于国务院制定行政法规的程序,《行政法规制定程序条例》规定要经过立项、起草、审查、决定和公布以及适用与备案等环节,而根据《规章制定程序条例》的规定,行政机关制定规章将遵循与国务院制定行政法规时需要遵循的类似程序。从这两个条例对行政法规和规章制定程序的规定来看,虽然利害关系人和社会公众可以通过听证会、座谈会等形式发表意见和建议,但它们的参与是相当有限的。与司法模式的行政程序相类似,立法模式的行政程序也是行政机关实施的从上到下的监管过程的组成部分,行政机关在程序中处于命令、指挥和控制的角色。

可以这样认为,我国现有的“两代”行政程序及以此为基础所建立的程序法适应了我国自改革开放以来行政国家的发展。然而,我们可以发现,随着我国已经成为WTO成员国,且在民主化、市场化、信息化、全球化的世界潮流推动以及人权、法治理念在整个国民意识中生长和逐步普及的条件下,从本世纪初以来,我国行政国家面貌正在发生不断变化,对此,中国不同学科的学者已经作了相当精辟的论述。<sup>[72]</sup>综合学者的研究成果并结合近年来我国行政管理实践,不难发现,我国行政国家也出现了欧美国家行政国家的新面相,比如,我国各地广泛试点的“治安防范和治安管理”承包改革,<sup>[73]</sup>就是一种典型的合作行政,与美国的“监狱事务”外包颇相似,它们都采用“规制型契约”,属于新治理的一种形式。然而,如何确保此类“规制型契约”的合法性,现行的行政程序法制度并没有作出有效回应。2011年发生的“乳制品标准被大企业绑架”事件就是佐证。<sup>[74]</sup>又如,作为一个经济和政治大国,我国政府已经频繁做出影响他国政府、公民和法人的权利与义务的行政行为。这些行政属于全球行

[71] 应松年、王敬波:《我国制定统一行政程序法典的法制基础——基于现行法律规范体系之分析》,《法商研究》2010年第4期。

[72] 渠敬东等,《从总体支配到技术治理——基于中国30年改革经验的社会学分析》,《中国社会科学》2009年第6期。王绍光:《大转型:1980年代以来中国的双向运动》,《中国社会科学》2008年第1期。郑崇明、郭子平:《中国行政国家合法性的历史变迁与路径选择》,《湖北社会科学》2010年第6期。参见罗豪才等:《行政法学研究现状与发展趋势》,《中国法学》1996年第1期;应松年:《中国行政法的发展》,《政法论坛》1998年第5期。姜明安:《中国行政法发展进程回顾》,《政法论坛》2005年第5期。等等。

[73] 章志远:《私人参与警察任务执行的法理基础》,《法学研究》2011年第6期。

[74] 原卫生部:《乳品标准由专家组定稿 不可能被绑架》,http://finance.qq.com/a/20111201/001338.htm. 最后访问时间:2013年3月30日。

政的组成部分,它们是否也应当受制于正当行政程序,满足国内的责任性、透明性、参与性和合法性等标准之后才能实施?对此,现有的反映“第一代”和“第二代”行政程序的法律制度已经无力回应,而前述“第三代”行政程序对如何确保主权国家在超国家行政和全球行政背景下的行政活动的合法性所提出的要求,无疑能提供可行的替代性方案。再如,面对近年来频繁发生的侵犯公民权利的活动,诸如,大量的环境污染事件、食品安全事件、各类较大和重大安全事故,城市房屋拆迁中时有发生暴力对抗甚至自焚事件,在这些事件中,公权力缺位和误用往往起到推波助澜的作用,有时,甚至是直接幕后凶手。然而,现有的行政程序法律制度无力约束公权力的异化和扭曲;而在促进社会主义市场经济健康发展的经济管理领域,现有行政程序法律制度则既难以保障行政权力的合理和有效行使,也无法制约行政裁量权的误用。而对于合法和有效化解社会矛盾,特别是群体性事件方面,现有的行政程序法律制度也没有起到应有规范作用。对此,有行政法学者也已经指出,近年来,我国社会矛盾纠纷呈现出数量增多,参与主体多元化、有组织化,表达方式极端化、暴力化、网络化等特征,而社会矛盾纠纷不断增加的主要原因是公权力行使不规范,诸如,政府违法决策处置突发事件、行政执法不规范、行政不作为、信息不公开等。<sup>[75]</sup>显然,我国社会转型过程中的诸多难题,大多可以通过设计科学的行政程序法来化解。毕竟,正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别,行政程序法是法治的基石和行政法治的核心。然而,现行行政程序及其法律制度却无法回应社会的需求,这预示着需要新一代行政程序来担当此任,而通过《国务院机构改革和职能转变方案》这一涉及未来几年我国政府职能转变的纲领性文件的颁布实施,可以发现我国行政国家的面貌又将发生新的变化。然而,这种变化不是要回到“命令与控制型”的行政国家,而是走向职能科学、结构优化、廉洁高效、公开透明的服务型行政国家。那么,实现这样一种新型的服务型行政国家的途径是什么?显然,行政程序是一种最重要的方式。然而,这种程序应当有助于行政公开和透明性、有效性,有助于公民和行政机关以及行政机关与行政机关的协作性、参与性与互动性,有助于行政机关提供“顾客导向”的服务。对于具有这些品质的行政程序,无论如何不能归为“第一代”或“第二代”行政程序的范围,相反,它们体现着“第三代”行政程序的某些重要元素。与之相匹配,我国将来行政程序法也应当体现“第三代”行政程序的要求。

显然,笔者借用巴恩斯教授的行政程序的代际分析模式来分析中国行政程序现状,并不是要将欧美国家正在兴起的“第三代”行政程序全面移植到中国来,而是为了表明,行政程序的设计以及以此为基础的行政程序法的建构需要根据我国行政国家及政府职能的变化来做出调整,我国的“第一代”行政程序和“第二代”行政程序以及与之相匹配的行政程序法对于实现特定的目标,都是有用的,新一代行政程序的出现,并不是要代替旧一代行政程序,虽然,就我国而言,旧一代行政程序依然有许多内容需要改革。然而,最为重要的是:将来行政程序的法典化以及单行行政程序法或其他行政程序制度的设计需要有效回应行政国家的新面貌,更多面向“第三代”行政程序。而在欧美行政国家新的背景下发展起来的“第三代”行政程序的重要元素也可以为我国立法者所吸收。当然,如何全面研究“第三代”行政程序对我国行政程序法制发展的积极功能以及伴随而来的社会约束条件或者如何防范可能出现的异化,则需要作进一步的努力。

[75] 马怀德:《预防化解社会矛盾的治本之策:规范公权力》,《中国法学》2012年第2期。



---

[ **Abstract** ] As a new form of procedure, the advent of the third generation of administrative procedures is to respond to the new characteristics of the administrative state, which are those transitions from state-centered administration to the one attaching equal importance to global and state administrations, from ‘command-controlling’ style administration arising from totalitarianism to ‘partners-equal’ style administration arising from cooperation, and from the negative administration of law to the positive management of society. Compared with the first and second generations of administrative procedures, the third generation of administrative procedures would not replace them completely actually. However, in terms of the nature of procedure, focuses of administrative procedures, models of administration, methods of regulation, information gathering and processing, and roles of private actors, etc., the third generation of administrative procedures has its own significant characteristics. In this sense, the third generation of administrative procedures surpasses the first and second generations of administrative procedures. In a practical world of administration, Strategic Environmental Assessment Procedures in EU, Negotiatory Rulemaking Procedures in US, and so on can be used as the institutional prototype of the third generation of administrative procedures. China should respond effectively to the new characteristics of administrative state and absorb more factors of the third generation of administrative procedures in its codification of administrative procedures and its institutional design of special laws of administrative procedures and other related administrative procedures in the future.

---

(责任编辑:田 夫)