

行政机关如何回应公众意见？*

——美国行政规则制定的经验

沈 岿

内容提要:行政机关将规则草案公开征求意见后,应当如何回应公众意见,这在我国尚未形成定型制度。美国联邦《行政程序法》对经过“通告—评论”程序的行政规则,仅要求行政机关在考虑公众意见之后,在其最终制定的规则之中对规则依据和目的予以“简明综述”,其并没有明确行政机关是否应当或如何回应公众评论。实践中,美国行政机关对公众评论基本是予以回应的:在评论意见较少的时候会一一回应,但多数时候并非回应每一个评论,而是分类、整理、聚焦重要观点。行政机关的回应会提及重要评论、表明自己立场、说明所持立场的理由以及根据评论意见对拟议规则进行的修改等。行政机关如此详细回应公众评论,最主要推动力来自较为严格的司法审查。行政机关若不能合理回应重要观点,法院有可能裁判其构成“恣意武断和反复无常”,而否认规则效力。这些对我国皆有借鉴意义。

关键词:行政程序 规则制定 通告—评论 回应公众意见

沈岿,北京大学法学院教授。

在我国,2002年开始实施的《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》,皆明确要求行政法规、规章的制定,需经“听取意见”的程序。2004年发布施行、作为依法行政重要推进器的《全面推进依法行政实施纲要》,也要求上述两个条例未予覆盖的行政规范性文件制定过程,应将“听取意见”作为必经程序。听取意见的形式多样,包括听证会、论证会、座谈会以及向社会公布草案征求意见等。采取何种形式,基本属于规则制定者裁量范围,条例和纲要未予严格要求。至于向社会公开征求意见,由规则制定者在判断规则的

* 本文得到乔治华盛顿大学史蒂文·巴拉(Steven Balla)教授、宾夕法尼亚大学当代中国研究中心博士后研究员吕丽云(Wendy Leutert)的意见,受益良多,在此致谢。

重要性程度或是否存在重大分歧的基础上,决定是否采取。

实务中,行政规则的制定越来越多地采取向社会公开征求意见的程序。2017年12月22日,国务院发布《国务院关于修改〈行政法规制定程序条例〉的决定》和《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》。根据这两个决定,行政法规草案、规章草案向社会公开征求意见的程序,从原先在一定范围内由规则制定者裁量实施的程序,转变为行政法规、规章制定的必经程序。^[1] 此项变革意在“落实拓宽公众参与立法途径”。^[2]

这种“公布草案+征求意见”的程序,与美国联邦《行政程序法》所确立的非正式规则制定程序,在形式上极其相似。因为,该程序也要求美国联邦行政机关^[3]公告拟制定的新规则,并向公众提供发表评论和意见的机会,此即为我国行政法学者所熟知的“通告—评论”程序。在美国,如果国会没有通过单独立法就特定行政机关的规则制定程序增加新的要求,《行政程序法》确立的正式和非正式规则制定程序就是行政机关需要遵循的。正式的规则制定程序因为与法院审理案件类似,较为繁琐、拖沓和消耗成本,故行政机关更多青睐非正式的“通告—评论”程序。

在美国,“一个有趣而又极为重要的问题是,行政机关如何处理其从公众那里获得的评论。”^[4]在被大量运用的非正式行政规则制定程序中,尤其是有可能存在数以万计的公众评论的情况下,美国行政机关是否回应公众评论呢?如果行政机关并不需要就自己是否采纳公众评论或采纳哪些公众评论作出说明,那么,公众评论对行政机关的规则制定权又有什么约束作用呢?如果行政机关需要作出说明,行政机关是如何回应公众评论的,在其制定规则的过程中,究竟是以什么形式体现的?

一 行政机关是否回应

美国联邦行政机关是否应该回应行政规则制定“通告—评论”程序中收集到的公众评论呢?在这一点上,《行政程序法》并没有给予非常确定无疑的答案。该法仅仅是要求行政机关在考虑公众提出的相关事宜之后,在其最终制定的规则之中对规则的依据和目的予以

[1] 《国务院关于修改〈行政法规制定程序条例〉的决定》第7条规定:“将第十二条修改为第十三条:‘……起草行政法规,起草部门应当将行政法规草案及其说明等向社会公布,征求意见,但是经国务院决定不公布的除外。向社会公布征求意见的期限一般不少于30日。’”《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》第7条规定:“将第十四条改为第十五条,增加一款,作为第二款:‘起草规章,除依法需要保密的外,应当将规章草案及其说明等向社会公布,征求意见。向社会公布征求意见的期限一般不少于30日。’”

[2] 参见国务院法制办公室:《关于〈规章制定程序条例〉(修订草案征求意见稿)的说明》,http://zqyj.chinalaw.gov.cn/draftExplain?DraftID=1760,最近访问时间[2018-04-07]。另外,国务院法制办发布的关于《国务院关于修改〈行政法规制定程序条例〉的决定(征求意见稿)》公开征求意见的通知,虽然没有明确提及将公开征求意见程序固定化这一措施的目的,但整个修改意在“增强立法的公开性和透明度,提高立法质量”。http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/20/content_5211878.htm#1,最近访问时间[2018-04-07]。

[3] 《行政程序法》适用于联邦的行政机关,而不是各州和地方的行政机关,故下文所称美国的行政机关皆指向联邦行政机关。

[4] 参见 Cornelius Kerwin & Scott Furlong, *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy* (4th ed.), CQ Press, 2010, p. 67。

“简明综述”〔5〕其并没有直接要求行政机关应当回应公众评论,对听取和采纳公众评论的情况予以说明,也没有间接要求行政机关在“简明综述”中应当提及对公众评论的考虑。

在对基本缄默的立法进行明确无争议的解释方面,《行政程序法》的制定史也不能提供帮助。20 世纪中期以前,美国规制机关经常追随法院式司法程序,在涉及特定受规制方的个案中作出决定,以此来确立规制政策。规制机关通过裁决涉及个别企业的案件,事实上确立了新的“规则”,但是,他们的方式是创造先例,以引导在类似行业领域的其他企业。而 1946 年《行政程序法》特别授权行政机关在个案裁决情形之外发布普遍规则,不必遵循正式的司法程序。这就意味着规制机关在制定普遍政策之前,无需再去寻找一个合适的个案,规制机关可以应用更为简单的程序来创造新的规则。〔6〕

《行政程序法》之所以如此规定,是因为司法部长行政程序委员会反对在所有的规则制定中应用审判式的听证程序。其理由是:“在规则制定中事先发出通知,而后举行听证,会不可避免地造成经费开支和一定程度的迟延,而这对于影响较小且不具争议性的规制政策而言,并不总是必要适当的。”国会负责《行政程序法》的参议院委员会对此表示同意,并在它的报告中援引了司法部长行政程序委员会的意见:“规制制定过程中的公众参与基本上是为了让行政机关知晓更多信息,以及保护私人利益的安全。通过口头或书面的沟通和协商、特别召集的会议、咨询委员会或者听证,都可以实现之。”参议院委员会承认,“有些人抱怨这一规定没有提供充分适当的程序,特别是在关于事实认定和结论方面”,但它解释到,要求行政机关“考虑公众提出的相关事宜”以及发布“关于规则依据和目的的简明综述”,可以实现一个更为复杂精细体制的目标。〔7〕

由此,可以确定的是,“考虑公众提出的相关事宜”、“给出简明综述”的目的有两个:一是使行政机关得到充分信息;二是使私人利益得到保护。但是,这个立法目的并不必然得出一种解释:行政机关必须对公众的评论予以回应。行政机关在“简明综述”中回应公众评论,当然可以最好地展示行政机关是否考虑以及如何考虑公众提出的相关事宜,可以最好地表明行政机关已经充分掌握各方提出的信息和意见,可以最好地表明私人利益至少在被认真对待意义上得到了保护。然而,如果行政机关在“简明综述”中,不直接指出公众评论有哪些或者主要有哪些意见,不直接表明行政机关是否同意并采纳这些意见,而只是简单说明其收到多少数量的评论意见、这些评论意见涉及哪些利益的保护和平衡、行政机关对此予以了充分考虑,也可以满足《行政程序法》关于说明规则制定的“依据和目的”的要求,也可以最低限度地达到上述立法目的。更何况,制定规则的行政机关在理论上是对国会或总

〔5〕 “After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose.”参见 APA, 5 USC § 553 (c)。因其属于本文讨论展开的最基础条款,故在此引用原文。

〔6〕 参见 Cary Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and Regulatory Policy*, Harvard University, 2004, p. 5。

〔7〕 参见 Philip Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 *Georgetown Law Journal* 1, 4, footnote 12 (1982)。

统负责,而不是要对提供意见的公众负责,由此观之,行政机关也并非必须回应公众评论。

在立法未予明确的情况下,行政机关又是如何作为的呢?《行政程序法》迄今已有 70 余年的历史,笔者无意也很难追溯美国联邦行政机关在这一时间长河中是如何做的,或者曾经经历过什么变化(如果有的话)。由于美国联邦行政机关制定的规则都必须发布于“联邦登记”(Federal Register)官方网站,故笔者随机抽取了 2017 年 12 月 8 日在“联邦登记”上正式发布的规则 28 个,以及提前公示但尚未正式发布的规则 12 个,^[8]共 40 个。就这些规则对公众评论的回应情况的观察结果如表 1 所示。^[9]

表 1 美国联邦行政机关对公众评论是否回应的情况
(基于 2017 年 12 月 8 日正式发布或提前公示的规则)

发布规则的联邦行政机关	规则数量	适用“通告—评论”程序的规则数量		不适用“通告—评论”程序的规则数量
		回应	没有回应	
环境保护署	20	1	5	14
国土安全部海岸警卫队	5		1	4
交通部联邦航空管理局	4	4		
商务部国家海洋和大气局	2		1	1
联邦通讯委员会	1	1		
联邦贸易委员会	1			1
国防部	1			1
内政部土地管理局	1	1		
退伍军人事务部	1	1		
国土安全部美国海关及边境保卫局	1			1
核能规制委员会	1			1
农业部农业市场服务局	1			1
化学安全与危害调查委员会	1			1
总计	40	8	7	25

[8] 根据《联邦登记法》,联邦登记办公室必须在文件发布于“联邦登记”上的至少前一个工作日将文件备档。“联邦登记”的“公众查阅(public inspection)”网页,专门提前公示行政机关提交的准备于第二日或更靠后日期发布的文件。如此,可以让公众在文件正式发布之前获知重要的或复杂的文件。参见 <https://www.federalregister.gov/reader-aids/using-federalregister-gov/understanding-public-inspection>,最近访问时间[2018-04-07]。之所以将这些规则纳入考察范围,一是因为它们都是最终的,不会再有改变;二是扩大研究对象数量,在不可能进行全覆盖统计的情况下,尽量增加统计数据的确切性。

[9] 在此有必要就随机选取一日的抽样方法略作说明。其一,若对“联邦登记”公布的所有规则进行穷尽研究,从而就是否所有行政机关在适用“通告+评论”程序的情形下都对公众评论作出回应的问题进行判断,这是一项无法完成的工作;其二,在美国,有学者抽样选择若干行政机关,研究这些机关制定规则过程的公众参与情况(参见注 12、18 所引文),这种方法同样无法避免局限性,而本文随机选取一日至少可以不带任何偏见地观察更多行政机关公布的规则;其三,就本文在此所关心的问题——行政机关是否回应公众评论——而言,只要不是得出绝对的全称判断,随机选取一日的抽样方法的局限性就会趋于最小。

可见,在 40 件规则之中,有 15 件是适用“通告—评论”程序的,而多达 25 件是不适用该程序的。这 25 件规则都说明了其为什么不适用的事实和法律依据。^[10] 不适用该程序,自然也就不存在行政机关是否回应评论的问题,可以不予考虑。

在适用“通告—评论”程序的 15 件规则中,有 8 件是对行政机关收到的评论给予明确的、有针对性的回应的。至于没有回应的 7 件,有 5 件是环境保护署发布的,其规则在通告—评论期内没有收到任何评论;有 1 件是商务部国家海洋和大气管理局发布的,也属于没有收到任何评论的情形;有 1 件是国土安全部海岸警卫队发布的,该规则发布时注明其本身是“临时暂行规则;征求评论意见”。换言之,这些没有回应的情形大多属于“没有评论,无需回应”,个别是虽然已经终局发布,但属于临时暂行规则,发布后征求意见。

由此,可以得出的结论是:就本文选取研究的对象范围而言,在行政机关应当适用通告—评论程序制定规则的情形中,行政机关都在最后规则中对其收到的评论意见予以回应。进一步地,尽管《行政程序法》规定行政机关对规则依据和目的“给出简明综述”,没有清晰要求行政机关必须回应其收到的评论意见,但是,实践中,行政机关基本都是给予回应的。这与美国政治学教授玛丽莎·马蒂诺·高登(Marissa Martino Golden)对三个联邦行政机关——环境保护署、国家公路交通安全管理局、住房与城市发展部——11 件规则的观察是一致的:“就本项研究所考察的每一件规则而言,行政机关都详细论述了其所收到的全部评论的回应。……尽管行政机关并不总是最终修改其拟议的规则,但它的确细致讨论了其收到的评论意见。”^[11]

二 行政机关如何回应

那么,行政机关究竟是如何回应的呢?是否一一回应呢?如果是,若遭遇成千上万的评论意见,行政机关岂不是会焦头烂额?在本文考察的对象中,8 件对评论回应的规则,回应的样态各有不同,没有统一的定规。

第一,关于评论的数量信息。

8 件规则中,有 2 件明白提及收到的评论意见数量。^[12] 内政部土地管理局发布的索

[10] 《行政程序法》关于规则制定程序的规定不适用于:(1)关于美国军事或外交事务的规则;(2)关于行政机关内部管理、人事、政府财产、贷款、资助、授惠或缔结合同的规则。而在这两类例外情形以外的,应当适用第 553 条规定的规则,也还有例外情形可以不适用“通告—评论”程序,具体是:(1)解释性规则、一般政策声明或行政机关组织、程序和办事规则;(2)行政机关有适当理由认定,通告—评论程序是不现实的、不必要的和违背公共利益的。行政机关应该将这一认定以及简要的理由说明写入其最终公布的规则中。当然,如果国会在单行立法中专门要求行政机关制定某些方面的规则必须遵循通告—评论程序,《行政程序法》规定的这两类通告—评论程序的例外情形也就不适用了。参见 APA, 5 USC § 553 (a), 553(b)(A)(B)。

在 25 件规则中,还有一种较为特殊的情形是,环境保护署撤回已经发布的直接最终规则(direct final rule)的命令也属于在“联邦登记”上公布的规则。“直接最终规则”是无需经过事先的通告—评论程序的,但环境保护署会在发布“直接最终规则”时规定一个评论期,在此期限内只要收到 1 个反对意见,就会立即撤回该“直接最终规则”,并启动另外的规则制定程序,来回应反对意见。属于此种“撤回直接最终规则”情形的命令多达 11 件。

[11] 参见 Marissa Martino Golden, Interest Groups in the Rule-Making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard?, 8 *Journal of Public Administration Research and Theory* 245, 260 (1998)。

[12] 出于行文方便,本文以下关于规则如何回应的描述,都是基于规则附带的简明综述,而不是规则本身。

引号(citation^[13])为2017-26389的规则指出,其公布拟议的规则后,收到超过158,000个评论,包括大约750个没有重复的独特评论。退伍军人事务部发布的索引号为2017-26532的规则指出,其拟议的规则收到11个评论。在交通部联邦航空管理局发布的索引号为2017-26260、2017-26363、2017-26364、2017-26572的4件规则中,虽然没有指明其收到多少评论,但其基本是对评论者——如美国航空公司、美国联合航空公司、美国达美航空公司、美国精神航空公司、美国联邦快递、美国联合包裹服务公司——的一一回应,故其收到的评论也是屈指可数的。再剩下的2件给出回应的规则,都没有提及评论数量。确实,“在一些情形中,行政机关公布精确的公众评论数目;而在另一些情形中,行政机关只提供大约数字,或者根本不提供评论数量的信息。”^[14]

第二,关于评论者的身份信息。

在行政机关回应的8件规则中,交通部联邦航空管理局的4件规则都道出了所有评论者的身份信息;环境保护署索引号为2017-26301的规则,并没有一一指明评论者身份,但其并不避讳,至少给出了一个评论者的身份信息,即“环境完整项目组织”(Environmental Integrity Project),并在脚注中说明该组织是代表其本身、希拉俱乐部和生物多样性中心提交评论的;其余3件规则都没有关于评论者的身份信息。可见,评论者的身份信息完全可以由行政机关掌握是否予以公开。

第三,关于评论的内容。

所有8件规则都对需要回应的评论意见进行了描述。即便是内政部土地管理局的2017-26389规则,在制定过程中收到超过158,000个评论意见,其也将全部评论意见所指争议问题分为10大类(行业影响、资源利用费、法律依据、天然气减量、规则净收益、全国范围的影响包括能源安全、气候变化、空气质量和公众健康、规则制定程序、技术问题)。值得一提的是,该规则指出,其只能对公众评论中出现次数较多的意见进行概要的讨论,对公众评论更加全面的描述以及更为详细的回应,则体现在一份支持文件中,该文件在“联邦登记”上对公众开放阅读。

第四,关于回应的格式和内容。

各行政机关没有统一的回应格式。常见的是在规则说明中设专门部分,如环境保护署2017-26301规则有标题为“公众评论和环保署回应”的部分,内政部土地管理局2017-26389规则有标题为“评论和回应”的部分,交通部联邦航空管理局的上述4件规则中都有标题为“评论”的部分(针对评论的具体回应在该部分中)。退伍军人事务部2017-26523规则的说明中,则是将评论分为13项,每项都有小标题,在此之下描述评论并予以回应。联邦通讯委员会2017-24982规则是将评论和回应完全融入一个标题为“概要说明”的部分之中,该部分的内容并不只限于评论和回应。

尽管格式各异,但行政机关的回应也有相同相似之处,至少包括:(1)非常鲜明地表

[13] 在“联邦登记”(https://www.federalregister.gov)上输入该索引号即可找到该文件。

[14] 参见Steven Balla, Public Commenting on Federal Agency Regulations: Research on Current Practices and Recommendations to the Administrative Conference of the United States, March 15, 2011, p.29。这是史蒂文·巴拉教授提交给美国行政会议的一份报告,并未正式发表。感谢史蒂文·巴拉教授的赠阅。

明其对评论意见的态度,体现在“同意”、“部分同意”、“不同意”、“反对”等词汇的运用中;(2)说明行政机关相应态度的理由和依据;(3)说明在同意评论意见的基础上对拟议规则进行的相应修改,以及在最终规则中的体现。

第五,也许是最纠结的,关于行政机关是否审阅所有评论意见。

作为本文研究对象的规则本身,并没有给出确定无疑的答案。在 8 件回应评论的规则中,收到超过 158,000 评论意见的内政部土地管理局 2017—26389 规则倒是表明:“土地管理局审阅了所有的公众评论。”但这种表态看起来不怎么合乎情理。至于交通部联邦航空管理局的 4 件规则,可以从其一一回应的形式和内容以及可数的评论意见中,猜测该局应该是审阅了所有评论意见。其余 3 件规则,则很难判断或猜知。

由于无法从行政机关颁布的最终规则中获得更多信息和认识,笔者就此问题进行了访谈。^[15] 被访谈者的回答相互补充、映证,可以归纳为以下答案:(1)理论上行政机关应该审阅全部评论;(2)通过网络提交的许多公众评论并不是认真、严肃的;^[16] (3)如果公众评论是少量的,行政机关有可能会全部审阅;(4)如果公众评论成千上万、数量巨大,行政机关是不会让其工作人员一一地去看,其没有足够资源如此作为;(5)公众评论数目庞大的情况下,行政机关通常会利用计算机技术,通过关键词搜索、关注重要利益相关者的意见等方法,对评论大致进行分类、整理;(6)对评论进行分类、整理后,会进行相应的分析,以判断是否采纳其中的合理意见。

笔者由此进一步认为,如果行政机关采取技术手段来筛查重要评论,由此自称“查阅了”(reviewed)全部评论,也并非完全妄言。

三 行政机关为什么如此回应

如前所述,《行政程序法》只要求行政机关对规则的依据和目的进行“简明综述”,其没有明确行政机关是否应该在综述中对公众评论予以回应,更不用说行政机关应该如何回应了。那么,究竟是什么力量促使行政机关积极地回应,较为细致地列出主要评论意见,有针对性地说明自己的观点和理据,在同意评论意见的基础上对规则草案进行相应修改,并写在综述之中呢?

以上接受访谈的教授、专家基本一致的回答是:司法审查。现于美国威斯康星大学麦

[15] 访谈时间和被访谈者是:(1)2017 年 9 月 21 日,美国宾夕法尼亚大学法学院的凯瑞·考格利安尼斯(Cary Coglianese)教授;(2)2017 年 10 月 19 日,美国大学法学院的杰弗瑞·卢伯斯(Jeffery Lubbers)教授,波士顿大学法学院的杰克·比尔曼(Jack Beermann)教授;(3)2017 年 10 月 20 日,在美国律师协会行政法分会 2017 年会上遇见的美国政府责任署的工作人员;(4)2017 年 11 月 15 日,乔治城大学法学院的霍华德·舍兰斯基(Howard Shelanski)教授,曾经担任过总统经济顾问委员会资深经济师、联邦贸易委员会首席经济师、该委员会经济局局长以及信息与规制事务办公室主任;(5)2018 年 2 月 27 日,宾夕法尼亚大学法学院的劳伦·斯坦菲尔德(Lauren Steinfeld)讲师,曾经在联邦贸易委员会、美国行政管理和预算局工作。

[16] 凯瑞·考格利安尼斯教授还对规则制定电子化(e-rulemaking)的最新尝试(如在网络上建立对话平台)进行研究后指出:“在这些电子对话中的公众参与规模也不是很大,而且,即便是更加广泛地使用这些新工具,大多数公民参与也不太可能带来很多高质量的或思虑周详的贡献。”参见 Cary Coglianese, Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future, 55 *Duke Law Journal* 943, 964 (2006)。

迪逊分校任教的苏珊·韦伯·雅吉(Susan Webb Yackee)教授,曾经观察由四个政府机关——劳工部的职业安全与健康署、就业标准署、交通部的联邦铁路局、联邦公路局——发布的40件规则,认定行政官僚经常(1)改变公共政策的执行,以更好地达到利益团体评论者所建议的政府规制水准;(2)把利益团体对特定政策的建议吸收至最后规则之中;(3)在利益团体的评论意见传递高度一致的核心信息之时,对评论进行回应;(4)在通告—评论阶段对规则进行令人瞩目的改变。之所以如此,一个原因是强有力的信息传递为行政官僚提供有用的信息,而另一个重要原因就是,行政机关担心评论者意见高度一致的时候其制定的规则有可能被法院推翻。^[17] 其实,在一些著者看来,司法审查是更为重要的原因。“行政机关之所以在规则制定的案卷中论述如此细致,最强的推动力就是其预料将遭遇严格的司法审查。”^[18]

根据《行政程序法》,如果法院认为行政行为(agency action^[19])恣意武断、反复无常、滥用裁量或存在其他不符合法律之处,应该裁定其违法并拒绝适用。^[20] 1968年,在Automotive Parts & Accessories Asso. V. Boyd案中,哥伦比亚特区巡回上诉法院虽然没有裁判被告行政机关违法,但麦高文(McGowan)法官撰写的判决书对《行政程序法》中“简明综述”的要求进行了阐释:“值此对新法案的执行规则第一次提出挑战之际,我们要提醒部长一直以来存在的司法审查的可能性,并警惕对法律术语‘简明’和‘综合’作过度的字面解读。这些形容词必须适应司法审查的现实。司法审查的现实并不是要让法院自己去费心费力地审阅卷宗,自己首当其冲地去列出行政机关面临的问题,说出问题解决方案的理据。我们并不期望,行政机关就非正式规则制定过程中向其提交的评论所涉每一项事实或意见,都予以讨论。我们所期望的是,如果要让国会认为十分重要、应予提供的司法审查确有价值和意义,那么,……‘对规则依据和目的的……简明综述’应该可以让我们看到通过非正式程序提出的重大政策争议是什么,以及为什么行政机关如其现在所作的那样回应这些争议。”^[21]

可见,该案裁判以让司法审查真正有价值、有意义为由,对行政机关的简明综述提出了三点意见:第一,无需讨论和回应每一个公众评论;^[22] 第二,应当说明公众评论提及的重大政策争议;第三,应当说明行政机关回应这些争议的理由。

1972年,在Kennecott Copper Corp. v. EPA案中,原告起诉反对环境保护署发布的全国硫氧化物二级空气质量标准,三个理由之中有两个是:这些标准没有附带关于其依据和

[17] 参见 Susan Webb Yackee, Sweet-Talking the Fourth Branch: The Influence of Interest Groups Comments on Federal Agency Rulemaking, 16 *Journal of Public Administration Research and Theory* 103, 118 (2006)。

[18] 参见 Cass, Diver, Beermann & Freeman, *Administrative Law: Cases and Materials* (6th ed.), Walters Kluwer Law & Business, 2011, p. 436。

[19] 《行政程序法》规定,“agency action”包括行政机关的规则、命令、许可、惩罚、救济,或者与此相当的行为,或者拒绝作出这些行为,或者没有作出这些行为。参见 APA, 5 USC § 551 (12)。

[20] 参见 5 USC § 706 (2) (A)。

[21] 参见 Automotive Parts & Accessories Asso. V. Boyd, 407 F.2d 330, 338 (1968)。

[22] 1992年,哥伦比亚特区地区法院在 Conference of State Bank Supervisors v. Office of Thrift Supervision 案中再次重申,《行政程序法》的规定“从未被解释为要求行政机关必须回应提交的每一个评论或者分析公众提出的每一个争议问题。”参见 Conference of State Bank Supervisors v. Office of Thrift Supervision, 792 F. Supp. 837, 846 (1992)。

目的的简明综述;这些标准没有适当的支持文件,对它们的依据进行陈述,又能让对标准的司法审查得以进行。哥伦比亚特区巡回上诉法院裁判援引上述 *Automotive Parts & Accessories Asso. V. Boyd* 案,强调对“简明综述”不能过于拘泥字面解读,但考虑到环境规制需要合理的快速反应,需要尽快解决棘手恼人的问题,在这种紧张态势下,“我们并不愿意将‘综合陈述’的要求延伸到命令行政机关必须述及公众评论提出的所有具体争议问题。”法院认为被诉规则已经充分阐述其目的和依据。^[23] 由此,法院的意见是,“简明综述”不需要叙述和讨论所有的评论意见,尤其是在需要规制快速反应的时候。

在这两个案例中,虽然法院对行政机关的“简明综述”应该如何做提出了要求,但它们都没有认为被诉规则在这方面存有问題。1977 年,在 *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.* 案中,第二巡回上诉法院对联邦食品药品监督管理局没有披露其对公众评论的研究感到不满。尤其是,该局没有说明,卷宗已有证据表明按不同品种区别对待是合理的,为什么它还要同等对待所有品种的鱼。法院在判决书中列出了联邦食品药品监督管理局没有回应的两条意见:“局长面临的问题是,其是否有必要颁布一个规则规定适用所有鱼种的参数,尤其是,低温条件加上添加亚硝酸盐和盐的做法是不是不充分的。尽管这个备选方案是联邦政府的一个机关建议的,也得到了确认,但从未得到回应。此外,有评论提到,将拟议的时间—温度—盐度要求适用于白鲑鱼,会破坏符合商业利益的生产,而这个评论从未得到讨论或回应。我们认为,若支持行政机关在如此重大问題上保持沉默,就会让‘简明综述’的立法要求无力防范恣意武断的决策。”

法院进一步说明其为什么认为联邦食品药品监督管理局是恣意武断的:“有人可能认为,即使不符合商业利益,也不能妨碍更具压倒性的公共利益。然而,行政过程至少应该披露,拟议的规则是否符合商业利益,即便不符合商业利益,是否其他的考虑占了上风。即便这种直截了当的基本陈述,在适用于白鲑鱼的时间—温度—盐度标准颁布时也是缺乏的。这就很容易让行政官员禁止所有事情。……考虑到我们提及的熏制白鲑鱼的历史,我们没有发现这里存在清晰可见的平衡,足以让这个行政过程是不那么恣意武断的。”

由于这是一个执行诉讼,法院最后判定,该规则影响到非真空包装的热熏腌制白鲑鱼,它的颁布是恣意武断的,所以无效。而纽约东区地区法院应联邦食品药品监督管理局申请发出的禁止令(禁止白鲑鱼的生产,除非其符合颁布的规则)予以撤回,该局的申请予以驳回。^[24]

由此,法院实际上提出的要求是:行政机关应该对重大政策争议问題予以合理的回应,否则,法院就会裁定其构成恣意武断,从而否定规则的适用效力。类似地,在 1977 年 *Home Box Office, Inc. v. FCC* 案中,哥伦比亚特区上诉法院裁判指出:“除非行政机关回应公众提出的重要观点,否则,公众提供评论的机会就毫无意义可言了。”^[25] 在 1987 年的 *Baltimore Gas & Electric Co. v. United States* 案中,哥伦比亚特区巡回上诉法院仍然持同样立场:“根据司法审查的‘恣意武断和反复无常’标准,行政机关应当回应对行政机关制定

[23] 参见 *Kennecott Copper Corp. v. EPA*, 462 F.2d 846, 850 (1972)。

[24] 参见 *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240, 252-253 (1977)。

[25] 参见 *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9, 72 (1977)。

规则的合理性提出质疑的重要评论。”^[26]

接下来的问题是,行政机关既然无需回应每一个评论、每一个争议问题,而只需关注“重要(significant)”评论或观点,那何谓“重要”呢?哥伦比亚特区上诉法院曾经如此阐明:“在决定什么观点是重要的问题时,应该谨记‘恣意武断和反复无常’审查标准。因此,只有这样的评论才是对行政机关所持立场的合理性提出质疑的:它们确实提出了与行政机关决策相关的观点,并且,如果该观点被采纳的话,行政机关拟议的规则就必须修改。而那些纯粹是猜度的、没有展示其事实或政策依据的评论,是不需要回应的。要认定一个与行政机关立场相反的立场是确实可靠的,就必须有某种依据。”^[27]

可以想见,若要知道美国法院究竟会在哪些情形下,认定行政机关对公众评论的回应不充分,足以构成“恣意武断和反复无常”,就需要进入美国行政法上另外一个复杂的题域。就该司法审查标准而言,存在更加众多的案例和繁复的司法理论。本文无意也无需作此延拓。因为,行文至此,已经足以展现美国司法对行政机关制定规则回应公众评论的审查立场:(1)无论是让司法审查确有意义和价值,还是让公众评论确有意义和价值,行政机关都应当在“简明综述”中回应公众评论;(2)行政机关无需回应每一个评论、每一个观点、每一个意见;(3)行政机关必须回应对行政机关规则合理性提出质疑的、很可能改变拟议规则的重要评论或观点;^[28](4)行政机关的回应应当包括对公众评论所提重大政策争议或重要观点的说明,以及行政机关针对这些争议或观点的最后决策及其理由;(5)行政机关若没有合理回应重大政策争议或重要观点,就会构成“恣意武断和反复无常”。

四 余 论

自1949年中华人民共和国成立之后,行政机关主导制定规则是传统。而1982年宪法实施以来,立法机关逐渐加强对立法的控制,行政机关制定规则越来越多地受到约束,但这并未改变行政主导影响经济、社会的具体规则的局面。加之,同美国行政国家、规制国家形态所面临的行政管理、监管任务类似,行政规则的专业性、具体性、针对性、效率性、灵活性等优势,使其更不易在我国退出支配性地位。然而,在强调“人民当家作主”、“依法治国”的当今,由行政官僚强势控制规则,也要承受民主正当性和合理性/科学性的双重压力。本文开篇提及对规则制定“公开征求意见”的日益强调趋势,应该视为一直以来存在的缓解双重压力的努力。

与美国不同,我国的专门行政诉讼制度仅有不到30年的历史。而法院对行政规则的

[26] 参见 *Baltimore Gas & Electric Co. v. United States*, 817 F.2d 108, 116 (1987)。

[27] 参见 *Home Box Office, Inc. v. FCC*, 567 F.2d 9, 72 (1977), footnote 58。

[28] 玛丽莎·马蒂诺·高登教授和苏珊·韦伯·雅吉教授的实证研究也佐证了行政机关对重要评论的重视。根据她们的观察,利益团体评论的一致性越强,行政机关也就越要予以回应,而如果利益团体评论的分歧大于一致意见,行政机关就会倾向于听取支持行政机关的意见。参见 Marissa Martino Golden, *Interest Groups in the Rule-Making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard?*, 8 *Journal of Public Administration Research and Theory* 245, 260 (1998); Susan Webb Yackee, *Sweet-Talking the Fourth Branch: The Influence of Interest Groups Comments on Federal Agency Rulemaking*, 16 *Journal of Public Administration Research and Theory* 103, 119 (2006)。

审查,在《行政诉讼法》(1989)之下,总是以一种若隐若现的形态艰难地存在;即便是进行审查,也只是适用与上位法是否相符的“形式合法性”审查标准。2014年,立法者通过修改《行政诉讼法》,正式建立对行政法规、规章以外的其他行政规范性文件的附带审查制度,^[29]也算是对法院之前工作的一个正名。且不论这种正式制度是否只是在名义上收缩了附带审查的范围、实际上法院并不会完全放弃对行政法规和规章的附带审查,单从该法所确立的“不合法”这一审查标准和我国法院在政制体系中的地位着眼,很难让人认为法院可以作为推动行政机关回应公众评论的最强动力。

然而,既然我们面临“积极探索建立对听取和采纳意见情况的说明制度”的任务,基于上文的考察,笔者贡献浅见如下:

第一,《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》已经于近期修改,短期内不可能奢求其再作修改。然而,在此情况下,还是应当通过别的方式,确立行政规则制定适用“公开征求意见”程序的例外。公开征求意见程序固然有其好处,也难免费时费力或暴露机密的可能,不应将其一概适用于所有规则制定中。

第二,鉴于《全面推进依法行政实施纲要》等文件在法治进程中所发挥的作用,国务院可以考虑出台有关行政规则制定经公开征求意见后如何说明听取和采纳意见情况的文件,以推动这方面的工作。文件应该至少要求:(1)在各级政府官方网站上建立统一的行政规则发布平台(含发布征求意见的规则草案和草案说明,以及发布最终的规则和最终规则说明);(2)每一件行政规则都应该有草案说明和最终规则说明;^[30](3)草案说明和最终规则说明都应论及规则制定的目的和依据(事实依据与法律依据);(4)最终规则说明应当提及是否收到意见、收到的意见数量、重要意见及其所涉重大争议问题、行政机关的最终立场以及简要理由等。

第三,国务院和各级政府应当鼓励开发对公众意见进行有效搜索、梳理、归类等技术手段,以便在公众关注度高、意见反馈成千上万的情形下加以充分有效的利用。

第四,虽然修改的《行政诉讼法》只是确立了“不合法”审查标准,且法院很可能延循修法以前对规则审查时所持形式法治立场,但是,如果以后确有文件对行政机关在公开征求意见后如何回应公众意见提出要求,那么,法院也应该适当放松对“不合法”的形式主义解释,将行政机关没有回应公众意见或者没有合理回应重要公众意见的情形,也视为“不合法”。唯有如此,才可保障回应公众意见的要求得到切实执行。

综上,在我国,依法行政、依法治国进程的推动,还需在相当程度上仰赖“行政的自我

[29] 《行政诉讼法》(2014修正)第53条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章。”

[30] 2018年4月7日访问“中国政府法制信息网·公开征求意见系统”(http://zqyj.chinalaw.gov.cn/index)。自2016年3月7日至2017年12月17日(时间起始为第一个草案征求意见结束日,截止为最后一个草案征求意见结束日,访问日当天系统自动生成,下同),行政法规草案结束公开征求意见的有35件,系统中附草案说明的是33件。自2016年2月6日至2018年4月2日,结束公开征求意见的部门规章草案有330件,仅有101件附草案说明发布于该系统。2015年之前的结束公开征求意见的行政法规、部门规章草案,基本未附草案说明,估计是未上传至该系统。

规制”。^[31] 若以上策略得以推行,对听取和采纳意见情况的说明制度,或可得以建立和逐渐完善。在社会分层、利益多元化的时代,行政规则制定很多时候是各方利益协调、妥协、共同发展的“亚政治场所”。行政机关既然推行规则制定公开征求意见,通过充分重视和回应公众意见,不仅可以让提供意见的公众感受到参与的尊严,而且,行政规则制定的民主性、科学性,也可得到进一步加强。此后,若全面推进依法治国带动司法审查的发展,行政规则利益相关者也可以在司法场所,对行政机关忽视、轻视重大意见导致行政规则明显不合理的问题提出质疑,让司法中立地裁判行政机关是否适当地回应了重大意见。果如此,公开征求意见、积极回应说明就会有更坚实的硬度。更具重要意义的是,在行政主导的场所,“人民当家作主”会展现虽然复杂但具体、精细而鲜活的样态。

[**Abstract**] How an administrative agency should respond to public comments after publishing a draft of administrative rules? Currently China has not yet established a mature system in this respect. The Administrative Procedure Act of the United States requires that the agency, after notice-comment rulemaking procedure and consideration of the relevant matters presented, shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. It does not clearly say whether or how the agency should respond to the comments. In practice, the agency always responds to comments. In some cases where there are few comments, the agency would respond comment by comment. But in most cases the agency would categorize and focus on significant comments rather than answers every comment. The agency would, in the concise general statement, list the significant issues and comments, express its position and basis thereof, and indicate the changes (if any) to the proposed rule. The strongest incentive for the agency to give detailed response while the APA is silent is rigorous judicial review. If the agency fails to reasonably respond to significant comments, the court would hold the rule made in an arbitrary and capricious manner, and set aside it. The US experience is of reference value to China in exploring the system of agency response to public comments.

(责任编辑:田 夫)

[31] 参见沈岿:《行政自我规制与行政法治:一个初步考察》,《行政法学研究》2011年第3期。