

强化外部监督倒逼机制是依法行政必由之路

○ 郝铁川

(上海市文史研究馆, 上海 200020)

[摘要]法无授权不得行、法有授权必须行、行政行为程序化、违法行政必追究,是我国依法行政的基本要求。然而,通过对行政复议案件和行政诉讼案件的实证分析与定性研究发现,当前我国行政机关在“法无授权不得行”方面存在行政机关内外越位、左右越位、上下越位、区域越位、程序越位等无权行政问题;在“法有授权必须行”方面存在行政机关不严格依法作为、不主动作为、不合理作为、不诚信作为、不廉洁作为等无心行政问题;在“行政行为程序化”方面存在不按法定方式作为、不按法定顺序作为、不按法定期限作为等无序行政问题;在“违法行政必受追究”方面存在行政复议维持率过高、纠错率低及行政诉讼立案难、审判难、执行难带来的无责行政问题。产生这些问题的主要原因是中国公务员制度不完善,公务员没有真正形成依法行政的基础;人大监督、司法监督、社会监督等没有真正发挥倒逼行政机关依法行政的作用。世界上只有主要依靠外部监督实现依法行政的国家,而没有外部监督力量虚化、主要依靠行政机关内的自觉就实现依法行政的国家。今后只有通过完善外部督促行政机关依法行政的各种力量的作用,才能促使行政机关依法行政水平的改变。

[关键词]依法行政;外部监督;倒逼机制

在我国,80%的国家机关是行政机关,60% - 80%的法律是行政机关起草的,80%的法律是靠行政机关实施的,这三个80%足以说明依法行政的确如李克强总理所说的,是依法治国的“牛鼻子”。从1995年党中央提出依法治国基本方略到十八届四中全会提出全面推进依法治国,转眼就是二十年。在依法行政问题上,学界总体上介绍西方同行理论多,归纳、研究中国实际问题少。因此,

本文先对一些城市行政诉讼和行政复议案件的调研及其相关资料进行梳理,尽力全面归纳出当前依法行政实践中的问题,然后予以分析,希望引发学界同仁对依法行政现实问题的进一步研究。

一、依法行政实践中的主要问题

八年前,我把法无授权不得行、法有授权必须行、行政行为程序化、违法行政受追究等概括为依法行政的四项基本要求。迄今行政机关依法行政实践中的主要问题,还是在于违反了这四项要求。

(一)违反“法无授权不得行”要求的无权行政

“法无授权不得行”是指行政行为一定要有法律依据,行政机关要有法律的授权才能行政,即使是政府提供的服务或行政给付也要符合人大及其常委会批准的财政预算方案要求。它要求行政机关不得无权行政,行政行为不得越位。从行政诉讼案件中行政机关败诉的案件看,行政机关存在如下五个方面的无权行政问题:

1. 行政行为“内外越位”

一是行政机关行使了人大及其常委会的权力。例如,公民迁徙权一般说来是一种宪法性权利。因此,户口管理应该由国家权力机关立法,至少应该由权力机关授权行政机关处理。由于立法机关不作为,目前各大城市户口案件的审批依据主要是市政府、市公安机关下发的众多规范性文件。长期以来,户口审批部门一直以内部审批口径等形式对户口政策加以解释,并作为审批的依据。这就造成了上述审批口径一直作为内部掌握而未对外公开,且解释过于随意,易引发争议,执法随意性较为突出。如俞某不服户口审批决定一案,审批部门认为俞某申办的支内职工子女回沪政策已失效,受理其申请是出于照顾的性质。根据依法行政的原则,行政机关作出的具体行政行为,即使是于相对人有利的,也应当有法律依据。在户口审批过程中,相关政策的生效废止及溯及力均应有明确规定并严格遵照执行,所谓“照顾”或“内部口径”的执法方式均是违背现代法治理念的,难以得到司法审查的支持。

二是行政机关行使了司法机关的职权。例如,公安机关侦办、受理了应由检察机关侦办的涉及职务犯罪的发票类、假药类案件;拘押了法院才有权采取措施的,拒不履行生效判决的债务纠纷中的债务人。在王某诉某市城乡规划建设局房屋登记一案中,该局在案涉房屋已被法院查封的情况下,违反法律规定,按照其对司法查封效力的评估判断,停止办理协助执行事项并为他人办理案涉房屋权属转移登记。

2. 行政行为“上下越位”

即下级机关行使了上级机关的职权。例如,根据《中华人民共和国土地管理法》的规定,乡级或县级以上人民政府才有权对土地权属争议作出相应处理决定,若涉及到单位之间的土地权属争议,只有县级以上人民政府才有权作出相

应的处理决定。云南省一些法院在审判实践中发现,一些乡级人民政府代替县级人民政府作出处理决定,还有个别国土资源部门代替县政府作出处理决定。^[1]另据2015年4月25日《人民法院报》“从当被告到任陪审员”一文介绍,根据我国土地管理法的规定,非法占用集体土地的违法建筑,由县级以上人民政府土地行政管理部门查处,而江苏海安县某镇政府直接采取了强拆措施,因而在行政诉讼中败诉。

3. 行政行为“左右越位”

即一个行政机关行使了另外一个行政机关的职权。例如,户口审批材料中经常会包含许多其他行政管理部门、公证部门出具的证明材料、公证书或其他法律文书(如收养证、结婚证等),但由于其他部门在出具上述法律文书的前期审查中缺乏必要的调查程序及有效的调查手段,因此公安户口审批部门对上述材料确认的法律关系作进一步审查无可厚非,也是严格审批把关所必要的。但在实践中,审批部门一旦发现上述法律关系存疑或与客观事实不符,则直接以此为理由,作出不予批准的户口审批决定,这意味着直接否定了其他行政管理部门或公证部门确认的法律关系,有超越审查范围,越权行政之嫌。在一起户口申报纠纷案件中,原告张某作为弃婴与张某美成立养女与养母关系,2008年7月8日上海市某区民政局核准颁发收养登记证。2008年7月15日原告向被告上海市A区公安局分局某派出所申请将户口报入其养母张某的本市户籍地。2010年5月14日被告A区公安分局审核认为原告不属于弃婴,以不符合户口管理规定为由作出户口类审批意见决定,不予批准原告张某的户口报入,原告不服遂起诉至法院。法院经审理认为,根据《收养法》的规定,收养应当向县级以上人民政府民政部门登记,收养关系自登记之日起成立。由此,收养关系的确认是属于民政部门的职权,而非公安部门的职权。根据《收养法》第十六条的规定,收养关系成立后,公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。原告与其养母之间的收养关系,民政部门进行了收养登记,并颁发收养登记证,从法律上确认了收养关系的存在。现被告认为原告不属于弃婴,实际上否认了原告与张某之间的收养关系,从而变相否认了民政部门出具的收养登记证的效力,属于超越法定职权的行为。再者,即使收养行为不符合法律规定,也应由人民法院确认无效。故法院一审判决撤销被告A区公安分局作出的户口类审批意见决定,被告不服,提起上诉。二审法院判决驳回上诉,维持原判。

另据《人民法院报》2015年5月18日报道,2012年3月31日,长沙市开福区政府作出《关于长沙市黄兴北路棚户区改造项目(湘雅路至湘春路段及S10-1、S11号地块)房屋征收决定公告》,钟某的房屋位于项目征收范围内。钟某提起行政诉讼。一审法院审理认为,开福区政府具有作出房屋征收补偿决定的法定职权,钟某的房屋在该项目房屋征收范围内,判决驳回了钟某的诉讼请求。一审宣判后,钟某不服,向长沙市中级人民法院提出上诉。长沙中院认为,钟某的房屋位于征收范围之内,但该房屋是经长沙市文物局核准并登记在案的不可移

动文物。根据相关法律规定,如需对已被确定为不可移动文物的房屋进行征收,应依法履行报批程序。开福区政府作出房屋征收补偿决定前未经文物行政部门批准。虽然开福区政府于二审诉讼期间作出了自行撤销房屋征收补偿决定的书面决定,但在钟某坚持不撤诉的情况下,依法确认开福区政府对钟某作出的房屋征收补偿决定的行为违法。

4. 行政行为“辖区越位”

即一个区域的行政机关行使了另外一个区域行政机关的职权。根据相关规定,除特殊情形外,行政案件由违法行为发生地的公安机关管辖,这是地域管辖的基本原则。如果公安机关违反该原则,将会导致后续的具体行政行为不具有法律效力。如田某不服劳动教养诉讼案,原告在诉讼期间提出其违法行为发生地在外省某市,并非本地公安机关管辖范围,该主张经法院实地调查予以确认。经了解,该案中办案单位为提高打击数字,将邻近外省市区划内实施赌博行为的田某抓获,并虚构了其在本区域内实施违法行为的情节。

2012年家住某市A区的动迁居民王某,随同B区的三名动迁居民到北京非正常上访,期间因在天安门广场地区扰乱公共秩序,被北京警方控制后移交某市警方处理,某市B区公安分局对王某在内的四名非正常上访人员,以扰乱公共秩序分别处以治安拘留五日的行政处罚,王某不服,以B区公安分局没有管辖权、且处罚与事实不符为由提起行政诉讼。法院经审理认为,治安行政案件由违法行为发生地的公安机关管辖,由违法行为人居住地公安机关管辖更适宜的,也可以由违法行为人居住地公安机关管辖。本案原告违法行为发生地为北京,居住地为A区,B区公安分局对本案无管辖权,故一审判决撤销被告对原告所作处罚决定。

5. 行政行为“程序越位”

即行政机关在未取得法律许可前就作出行政行为,然后再去补办法律手续取得法律许可,俗称“先上车后买票”。《法制日报》2015年4月25日报道,2006年辽宁绿园区政府在审批手续不完备的情况下就大量征用土地,而且陆续分13个批次才取得国有土地批复,至今仍有90公顷土地未取得审批手续,由此引发了一系列信访问题。这种先上车后补票的行为是明显违反相关法律和政策规定的。

(二)违反“法有授权必须行”要求的无心行政

传统思维往往重视控制权力的滥用,对权力懈怠的关注明显不够。如果说权力的滥用为积极之恶,权力的懈怠则为消极之恶。既要保证权力依法行使,做到法无授权不可为,也要防止权力主体不作为,做到法定职责必须为。“法有授权必须行”要求行政机关对法律规定的职权事项必须用心去做,不能不作为。无心行政是导致行政机关在行政诉讼中败诉的常见原因,主要表现为:不严格依法作为、不主动作为、不合理作为、不诚信作为、不廉洁作为等。

1. 不严格依法作为

一是对法律条文或法律精神理解不当。如“政府信息不存在”是指行政机关自始至终未制作(获取)过相关信息,行政机关曾经制作(获取)但未保存的信息不属于法律所规定“政府信息不存在”的情形。但有的案件中,当事人申请公开的政府信息系行政机关制作(获取)但未保存的政府信息,行政机关对申请人作出信息不存在的答复,系对法律精神理解不当,法院判决确认违法。又如某案件中,原告申请公开某建设项目国有土地有偿使用费用缴纳凭证的复印件,被告规划和土地管理局认为原告申请的信息包含在土地使用权出让合同中,属于商业秘密。法院审理认为,商业秘密有其特有的内涵,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。原告要求公开的国有土地有偿使用费缴款凭证的复印件不能为权利人带来经济利益,不属商业秘密范围。被告对涉诉信息的定性错误,被依法撤销。

二是片面理解法律条文以规避履行相关职责。如陈某诉某区房管局政府信息公开答复一案中,陈某申请公开的信息只是存放于行政机关内部档案室,尚未移交档案馆,某区房管局却告知申请人已经归档,要求按照档案法的规定进行查询,该答复与司法解释和相关规定不符。

三是适用法律错误。表现在:第一,对法定构成要件把握不准。案件的主要事实是由违法行为构成要件、违法行为人的身份情况、法定裁量情节等诸多要素构成。但是部分办案部门一味追求打击数,将案件主要事实等同于违法事实,在取证过程中只是片面地收集认定违法行为的证据,却忽视了行为人的身份、身体状况以及是否存在其他裁量情节等案件的主要事实,造成认定事实不清。如季某某因赌博被劳动教养一案中,季某某在公安机关制作的询问笔录中已陈述其患有乳腺癌并切除右乳腺的健康状况,办案部门没有进一步查明季某某的治疗情况和术后康复情况,也没有掌握案发时季某某正在向市劳动能力鉴定委员会申请劳动能力鉴定这一事实。当市劳教委对季某某决定收容劳动教养之后,上海市劳动能力鉴定委员会对其作出了完全丧失劳动能力的鉴定结论。根据《劳动教养试行办法》第十四条第二款的规定,季某某不符合收教条件,故法院判决撤销了原劳动教养决定。第二,不具备法律适用的前提条件。《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》《上海市城市房屋拆迁行政裁决若干规定》等拆迁规定主要用于规范动拆迁工作。房管部门适用上述规定的前提是存在房屋拆迁行政法律关系。在某案件中,涉诉房屋的拆除并未取得拆迁许可证,但被告房管部门在受理裁决申请时仍然适用上述规定,显然不具备适用相关法律的前提条件,导致适用法律错误。第三,援引法律条文错误。如在一起案件中,行政机关的法律文书说作出行政行为的法律依据是所在市制定的政府规章第七十七条,而该规章仅有二十五条,其援引错误显而易见。另一案中,行政机关适用《治安管理处罚法》第四十三条第二款规定,对第三人作出罚款人民币200元的行政处罚。而该条文规定是“处十日以上十五日以下拘留;并处五百元以上一千元以下罚款”。还有未能精确引用法律依据等,根据相关立法规范,法律规定的结构一般

分为编、章、节、条、款、项、目层次。大部分公安常用法律条文中只有条、款两层,但仍有部分法条还进一步细分到项、目层次。因此办案部门在开具法律文书时应当根据法条实际情况,精确引用法律依据到条、款、项、目。但不少行政处罚决定书存在法律依据引用不完整的情形。如《治安管理处罚法》第二十三条第一款共有五项,每一项均对应不同方面的扰乱社会秩序行为。个别办案部门在作出处罚决定时仅笼统适用至条、款层次,没有根据当事人的违法行为援引该款之下的具体一项,出现因条文引用不全而导致具体行政行为指向不明确、适用法律错误的情形。

此外,实践中还存在制作法律文书漏洞百出、格式性法律文书填写不规范、随意告诉行政相对人虚假信息、对行政相对人答非所问、明知行政相对人填写的政府信息公开申请表有误写之处,却不通知申请人纠正,而是将错就错,收集证据不符合“三性”要求等不严格执法的情形。

四是依据已经失效的法律作为。如《治安管理处罚法》与已废止的《治安管理处罚条例》相比,增加了关于公安机关办案期限的规定。即:公安机关办理治安案件的期限,自受理之日起不得超过三十日;案情重大、复杂的,经上一级公安机关批准,可以延长三十日。个别办案民警在处理案件时对于证据不足、违法事实不能认定的情形,仍旧依照以往的习惯思维将案件搁置一旁,待控告人信访投诉后,才作出不予处罚决定,而此时已远远超过法定办案期限。还如在一起案件中,城管部门认定原告的违法行为适用了某市城市规划条例第三十七条,处罚则适用了某市城乡规划条例第五十八条。该市的城乡规划条例自2011年1月1日起施行,而城市规划条例同时废止。由于城管部门在实体问题的法律适用中混用了新、旧法,使违法行为与处罚结果之间不能形成对应关系,故被判决撤销。

五是违反法不溯及既往原则。在某有限公司诉某区城市管理与行政执法局责令限期拆除决定一案中,原告的行为发生于1999年,但被告却适用2008年城乡规划法的有关规定来处罚原告,结果败诉。

2. 不主动作为

一是对于行政相对人的报案、控告、举报、申请等,不主动履行法定职责。根据《治安管理处罚法》规定,公安机关受理报案、控告、举报、投案后,认为不属于违反治安管理行为的,应当告知报案人、控告人、举报人、投案人,并说明理由。但在一些案件中发现,被告在收到原告控告第三人违法行为的申请后,经调查认为被控告行为不属于违反治安管理行为,未将处理结果和理由告知原告;或虽称已口头告知原告,但未能提供证据证明。

二是原机关被撤销后,继续行使其职权的行政机关不积极履行法定职责。在某案件中,原告申请公开已被并入B区的A区某局制作的政府信息,被告B区某局认为该信息不属于其制作,告知原告其要求获取的信息不属于被告公开范围。而依据法律规定,行政机关发生合并、撤销等情形的,应由继续行使原机关职权的主体履行其职能,A区某局被撤销后,其权利义务应由被告B区某局继

受,该行政答复行为被判决撤销。

三是推诿履职。在某案件中,原告向 A 区公安分局提出政府信息公开申请,要求公开其制作的调查材料。A 区公安分局认为相关材料已经移交 B 区公安分局,其不是信息公开义务主体,并作出不属于本机关公开职责范围的行政答复。根据《政府信息公开条例》的规定,行政机关制作的信息由制作机关公开,法院依法判决撤销 A 区公安分局的答复。

3. 不合理作为

衡量合理行政的主要标准是比例原则。这是行政法的帝王条款,旨在控制自由裁量权,防止公共权力滥用。该原则主要包含适当、必要、相当三项内容,具体是指:行政机关采取的措施要有利于行政目的的实现,有多种手段能同样实现目的的,应当选择对公民权益损害最小的措施;行政措施造成的损害程度不能与要达到的目的在利益上失衡。现在行政诉讼中政府败诉的原因之一就是行政行为虽然合法,但不合理。

一是设定的办事期限不合理。一些交通、治安管理案件中,被告未考虑送达期限的因素,要求原告在解除行政强制措施通知发出的当日中午 11 时前领回扣留物品,而实际情况是,原告不可能于当日收到该通知;又如个别行政机关在办理政府信息公开申请过程中,对第三方意见征询答复所设定的期限过短,导致第三方收到征询意见单时已超过答复期限。

二是设定的事项不合理。如被告认定原告“无故”两次缺席劳动争议裁决调解会而作出缺席裁决,事实上原告此时正处于生病住院期间并提供相关病历证明;又如被告在明知原告患有乳腺癌并切除右乳腺的情况下,没有进一步查明原告的康复及劳动能力情况,即对其作出劳动教养决定。有的将 80 多岁的被拆迁人安置在没有电梯的 5 楼。有的将原来在闹市区摆摊为生的被拆迁人,安置到很远的地方去居住。然后应被拆迁人请求在市中心区给其找了一间店面房,让其营业。但每天从住所到店面房来回需要三个小时。

根据政府信息公开法律法规的规定,行政机关应当按照申请人要求的方式和载体形式提供政府信息;无法按照申请人的要求提供的,可以通过安排申请人查阅相关资料或者其他适当的方式和载体形式提供。但在夏某申请政府信息公开一案中,夏某申请获取某信息的纸质文本,但该分局在答复时却告知其“至派出所办理手续后进行查阅”,且未说明无法提供纸质文本的理由,不符合法律规定。

一些行政机关擅自给公民设定义务。2015 年 5 月 6 日,李克强总理在国务院常务会议上痛斥某些政府机构故意给老百姓设置障碍时说道“证明‘你妈是你妈’,这怎么证明呢?简直是天大的笑话!”。话音未落,又有民众遭遇“奇葩证明”。福建泉州市区的黄阿婆,欲领异地社保,要开证明“证明自己还活着”^[2]。

三是擅用自由裁量。2009 年公安部制定的《全国公安机关执法规范化建设

总体安排》中,明确将制定行政案件的裁量标准作为重要任务进行推行。某市治安、交警、出入境、消防等先后制定了相关处罚裁量标准。然而仍有部分单位在执法过程中突破裁量标准,甚至在分局层面随意“开口子”,严重影响了裁量的统一性和公安机关的公信力。

四是一事多头管理。例如,酒店开业需要有如下部门的批文:工商、建委、消防、公安、卫生、税务等,但是,经常有每个部门之间互相不认对方的规定的情况。而实际操作过程中是:每个部门都规定什么样的建筑可以用于商业,本来属于工商部门的事情变成了每个部门的事情,而每个部门的规定不一样,经常会造成许多企业在一些开发区里开公司颤颤惊惊,不知道他的行业是否能够取得一些相关部门的批文,这实际形成了每个部门可以就同一件事情用不同的尺度卡你一道。这件事情说明了各个部门各自为政,职责不清,或者是为了不给自己惹麻烦,或者是为了揽权,造成了许多规定形成了没有规定,企业无可适从。因此,应该明确各企业监管相关部门的职责,对于同一件事情必须有一个主导部门,不能对同一件事情各部门有不同的规定,造成各自揽权或者不同部门政策不一。

4. 不诚信作为

信赖利益保护是行政法的一项基本原则。行政相对人对行政行为产生合理信赖并因此产生了利益,只要此信赖利益是被法律所认同、值得保护的利益,政府就不能随意撤销、变更或废止已经生效的行政行为;如果因公共利益的需要不得不变动既存法律状态,则必须对因此给行政相对人造成的损失进行赔偿或给予补偿。现在行政实践中存在的问题是:在无法定理由的情况下,政府随意撤销已经作出的行政许可、废止已经签订的行政合同、变更已经公布的行政规划等,违背了信赖利益保护原则的表现。

目前,行政协议、行政合同等已为行政机关广泛采用,显示出平等协商、接受度高、便于履行等优点,但其法律属性长期缺乏定位,基本上一直作为民事案件审理。2015年5月1日实施的新行政诉讼法对行政协议诉讼作出明确规定,在法律层面尚属首次,意义重大。但有许多具体制度和规则需要司法解释进行细化规定。最高法院与之配套的适用新行政诉讼法的《解释》对行政协议从概念上进行了界定,便于下级法院据此标准对行政协议进行辨别,在行政诉讼法明确列举的政府特许经营协议和土地、房屋等征收征用补偿协议之外,逐步探索受理其他行政协议。《解释》还对行政协议诉讼的管辖、诉讼费用、法律依据、判决方式作出规定,基本上体现了一种“两分法”,即:对行政机关不依法履行协议、未按照约定履行协议提起诉讼的,强调其双方行为的特性,可以参照民事法律规范;对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的,强调其与传统行政行为并无本质不同,适用行政诉讼法的规定。这些将对行政机关“诚信行政”有较大促进意义。

5. 不廉洁作为

行政机关进行权力寻租、设租,以权谋私。如以“红顶中介”替代行政收费

的,“戴市场的帽子、拿政府的鞭子、收企业的票子、供官员兼职的位子”,通过形形色色的手续、关卡、资质、认证,“红顶中介”们蚕食着行政审批改革的红利。一类是指由政府转型过来具有审批权的组织,他们过去就是政府部门,后来变成了协会;一类是捆绑在政府主管部门的协会,主管部门有一部分职能隐藏或者直接委派给这类协会;还有一类机构,政府主管部门领导退休下来以后,在里面任职。还有,国务院制定的《诉讼费用交纳办法》规定的司法救助,本来是指政府有关部门或者法院根据当事人收入和经济状况,对无力支付诉讼费者给予全额或者部分司法援助,缓交、减交或者免交诉讼费,以保障当事人行使诉权,免除其经济负担。然而,在实际操作中,是否给予诉讼费的减免缓,主要看证明材料有无“双章”,即村委会的签章及乡政府的签章。实践中,村委会与乡政府出具的证明材料具有明显的选择性,谁给他们好处,他们才给盖章,出现了权力寻租现象。

除了“红顶中介”问题之外,在行政审批制度改革方面,还存在“放小不放大”“放虚不放实”“放责不放权”“你放我不放”等问题,这里难免有寻租的嫌疑。

(三)违反行政行为程序化要求的无序行政

行政行为程序化是指行政主体行使行政权力,要遵循法定的方式、顺序和期限。这方面存在的问题主要是:

1. 不按法定的方式行政

一是遗漏听证、告知程序或程序参与。如某区安监局在对某生产安全事故作出行政处罚决定时,遗漏了听证程序,因此自行予以撤销;随即在弥补听证程序后又重新作出行政处罚决定,但该决定又遗漏了处罚事先告知等程序,当事人遂诉至法院。诸如此类在一次执法中出现多次程序遗漏的情况,对行政执法的权威性和政府公信力具有较大影响。而在房屋征收决定作出过程中忽视对被征收居民的程序参与等情形也有时出现。例如,对旧城区改建征收中就近安置房源的范围,不按照规定征求被征收居民意见;对征收征求意见期限尚未届满即修改公布征收补偿方案;不公示每户被征收居民是否同意改建的意愿;征收范围尚未确定时就去征询居民改建意愿,并直接以此作为居民同意改建的依据。

二是法定证据的调查取证、审查、保存等环节不合法。如某公安机关违反《公安机关办理行政案件程序规定》中关于调查取证人员不得少于二人的规定,部分调查取证文书仅由一名民警制作,调查取证的方式不合法。又如,在办理房屋转移登记时虽审核了申请人提交的经过外国公证员公证和当地政府认证的委托书和结婚证等材料,但没有要求当事人提交证明材料的中文译本,导致在办理过程中受申请人误导,未正确理解外文材料的内容而将权利人的房产进行错误地转移登记,遗漏审查关键的法定证据材料。而在行政案件中由于不注意保存证据而败诉的情形也时有出现。如在上海一起行政诉讼案件中,由于被告在行政程序中仅通过电话联系方式与当事人进行沟通,导致诉讼中各方说法不一,被告在庭审中称曾电话答复过原告无法办理,而原告则称被告只称研究一下,未明确告知结果。在行政诉讼中,被告应对是否就原告的申请进行答复承担举证

责任。由于被告在行政程序中没有固定证据证明已作出过行政答复,因此构成了行政不作为。重庆有类似的案件虽然没有判决被告败诉,但也向被告发出了司法建议书。

此外,实践中还存在不在法定场所行政、行政法律文书送达方式不当等情形。根据相关法律规定,送达法律文书包括直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达、公告送达等方式。其中公告送达必须以其他几种送达方式均无法送达为前提,且公告的范围和方式应当便于公民知晓。实践中,执法机关对送达程序未充分重视,随意送达导致相对人合法权益受侵害。如在陆某不服交通行政处罚诉讼案中,被处罚人陆某在某市有固定住所及单位,且陆某并不存在“逃跑导致无法直接送达”的情形,而办案单位直接采用公告告知的方式将《行政处罚告知公告》张贴在自己单位内,该公告送达方式不但不符合公告送达前提条件,且公告张贴地点的选择根本无法使相对人知晓,最终被法院判定为无效送达,属于程序违法。行政执法中的法律文书,应当按照法定方式向当事人本人或其代理人送达。在某工伤认定案件中,用人单位提出工伤认定申请后,区人保局将应送达给受伤职工和用人单位的受理通知书、工伤认定书均交由用人单位的代理人签收,在工伤认定期间也未与受伤职工联系,构成送达程序违法。在某有限公司诉某区人力资源和社会保障局工伤认定决定一案中,该局在受理劳动者个人申请后,未依法向该公司送达举证通知书,也未就相关证据、事实向该公司调查核实,剥夺了该公司的陈述申辩权利,行政程序严重违法。

2. 不按法定的顺序行政

一是颠倒顺序。如同一案件如果既有违反刑法的可能,也有违反治安管理处罚法的可能,则应按照先刑事后行政的顺序调查处理。在一起案件中,公安机关根据《刑事诉讼法》的相关规定,聘请鉴定机构对原告的伤情作出了鉴定,公安机关根据鉴定意见遂作出刑事立案决定。但公安机关又怕检察机关对第三人违法行为最终作出不起诉决定,于是又依据《治安管理处罚法》作出行政处罚决定。再如某公安机关委托鉴定机构对相关物品作全损鉴定在先,而对相关物品是否构成全损的调查取证在后;某区房管局提供的立案审批表记载了原告三日之后的违法行为。

二是将告知与听证两个程序合并处理。《行政处罚法》第三十一条、第四十二条分别规定了事先告知程序和听证程序。上述两项程序有各自不同的法律意义及适用范围,且在实施处罚过程中处于不同环节。在作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当先进行听证程序,在该程序完成后(包括举行听证或相对人放弃听证),经过审核、分析、判断,再实施拟予以处罚的事先告知程序,以保障相对人的陈述、申辩权,最后方可作出处罚决定。在某案中,公安机关对原告作出《行政处罚告知公告》,将听证与事先告知两项程序合并于同一张告知书中予以告知,未依法分别实施两项程序,导致行政处罚程序违法。

3. 不按法定的期限行政

一是因调解工作不规范导致办案超期。根据法律规定,因民间纠纷引发的部分治安案件,公安机关可以在自愿、平等、合法的原则下作调解处理,调解的期间不计入办案期限。但部分案件发现,办案部门一方面刻意追求调解结案致使案件久调不决,另一方面未能及时将调解程序进行证据固定,致使举证不能,最终造成处罚决定作出时超过法定办案期限。

二是对证据不足的案件未及时作出处理意见告知控告人导致办案超期。根据《治安管理处罚法》的规定,对于已经全面、深入取证,仍旧证据不足的案件,应当以“违法事实不成立”为由作出不予处罚的决定并告知被害人或控告人。但部分办案部门对于此类案件,仍旧依照以往的工作经验将案件搁置一边,直到控告人信访投诉后,才以“违法事实不成立”为由对被控告人作出不予处罚决定,而此时已大大超过了法律规定的办案期限。如杨某某与曾某某相互控告殴打一案中,公安机关于2005年3月18日受理该案后,调查未发现二人有殴打对方的证据并且一直没有作出相关处理决定,在杨某某多次向公安机关及相关部门信访后,才于2010年1月20日作出对杨某某、曾某某不予处罚的决定。

三是对因特殊原因超过法定期限所作的行政行为没有作出合理解释。在某案中,某区工商分局在收到原告举报材料后的第13个工作日才作出决定,超出《工商行政管理机关行政处罚程序规定》所规定的7个工作日的常规期限,虽在特殊情况下可延长至15个工作日,但被告未在庭审中就是否存在特殊情况作出合理解释,不符合程序正当性的要求。

四是未达到法定期限要求就擅自作为。在崔某不服某公安机关做出的行政处罚一案中,公安机关拟对崔某作出行政处罚决定,但由于崔某逃避处罚,导致无法当面向其履行行政处罚事先告知的法定程序。根据法律规定,因违法行为人逃跑等原因无法履行告知义务的,可以采取公告方式予以告知。自公告之日起7日内未提出申辩的,可依法作出处罚决定。但本案中,分局采用公告告知过程中,尚未达到规定中的“7日”公告期限即作出了处罚决定。最终该案因程序违法被依法撤销。

(四)违反违法行政受追究要求的无责行政

法定追究方式主要有行政复议和行政诉讼。行政决策往往属于行政自由裁量权范畴,对其进行司法审查很难,只能采用政治问责。政治责任与法律责任区别在于:法律责任必须由法律明文规定,而政治责任不一定由法律明文规定,不以违法为前提;法律责任有专门的评价机关和追责机关,政治责任不必也不应当由专门机关来评价和追责;法律责任不能追溯,政治责任可以追溯。政治问责可从党管干部和人大常委会监督由它选举产生的公职人员两方面进行。

从行政复议实践来看,行政复议的问题主要是维持率过高、纠错率低,这不仅是传统的“官官相护”理念作祟,更在于行政复议机构的独立性、中立性、权威性不具备。因此,第一,建议取消“条线”复议机构(即:同一管理业务方面上级

单位对下级单位行政行为的复议),而统一归到“块”上的复议机构(即:政府直属的法制机构)受理。条线复议机构有较多的利益勾连,块上的复议机构相对来说,与作出行政行为的机构没有直接的利益关联,较为有利于保障公民和法人的权利。第二,成立一个由社会各界代表性人士参加的行政复议委员会处理行政争议复议问题。我国行政复议制度的主要缺陷是行政复议机构缺乏独立性。任何人不得做自己案件的法官,这是公正最起码的要求。我国目前的行政复议机构产生和履行行政复议职能从始至终没有摆脱行政机关的隶属关系,也就是做了自己的法官,因而导致严重的程序不公,公正难以保障。国外很多国家都设立了专门的行政复议机构。如澳大利亚设有行政复审委员会,英国设立了行政裁判所,韩国设有诉愿机关。目前我国也在改进,上海等地作为试点设立了由社会人士参加的行政争议复议组织。

行政诉讼中目前最迫切的问题是立案难、判决难、执行难。一个立案庭的法官说:“院长说了,不要给行政机关惹麻烦。我们的任务是跟当事人纠缠,千方百计不立案。”因此,第一,可以给行政相对人异地管辖、提级管辖、集中管辖和所在地管辖四个选项,让其根据行政机关败诉率情况选择管辖法院。第二,仅仅在案件管辖上动脑筋是解决不了“关系案”的,必须从根本上采取切实措施保证法官独立办案。

二、依法行政实践中问题产生的原因

(一)中国公务员制度不够健全

从近代史来看,现代国家一般都经历了建立国家到建设国家、再到管理国家三个阶段。在建立国家和建设国家这两个阶段,任何国家都不能说做到了依法行政。直到19世纪中后期以公务员制度建立为标志的管理国家阶段的到来,依法行政才迈开了步伐。

为什么说在建立国家和建设国家这两个阶段,西方发达国家没有做到依法行政?因为从17世纪到18世纪,是西方近代国家建立阶段,充满了革命和战争,国家管理较为无序。在公务员制度正式建立以前,西方传统的官员任用制度主要是“恩赐官职制”和“政党分赃制”。“恩赐官职制”是由统治者依据门第和私人关系“恩赐”官职。18世纪前的英国,国王对官员的任用和升迁起着举足轻重的作用,即便在“光荣革命”后,国王仍然在很大程度上控制着议会;美国独立后初期,政府对内阁成员的任命都强调其品格、能力和受教育程度,常任用一些有名望的绅士和贵族,形成了“瞻恩徇私制”,故有“绅士政府”之称;拿破仑时代的“任命制”和日本的“太政官制度”,也都明显地带有瞻恩徇私的色彩。18世纪60年代工业革命以后,英国自由派资产阶级极力推动议会民主改革,议会在与国王的斗争中逐渐占据了优势,政党制度也日臻完善,内阁由在选举中获胜的政党组成,任命官员的权力转移到执政党的手中。“政党分赃制”随之而来。竞选获胜的政党在组阁的同时,将官职作为战利品,合法、公开地进行分赃,给政府

带来了一系列问题和恶劣的影响。主要表现是:(1)出现了结构性的腐败。由于人事制度以个人的意志或党派利益为转移,在用人中因而出现了大量拉关系、贿赂公职,甚至卖官鬻爵的现象,权力与金钱的交易泛滥于世,腐败严重。这在美国最为典型,自杰弗逊创建了民主共和党,随即开始任命自己的人,安德鲁·杰克逊总统以“轮流担任官职”的名义,撤换了1/5的官员以安插同党,于是以党派立场任命官员逐渐成为政府风气。(2)周期性的政治震荡。政府官员频繁更迭,处于高度不稳定状态。使得政府行政活动缺乏连续性和稳定性,随时有陷于瘫痪的危险。(3)公职队伍人才匮乏,效率低下。由于任人唯亲和恩赐方式,使大量无能之辈充斥政府,使政府行政效率极其低下。

1853年底,英国财政部查理·屈威廉拟定了《关于建立英国常任公务员制度的报告》,尖锐地批评了当时官员制度的根本弊病,建议公务员的任命实行公开考试,公务员不能有政治倾向和党派色彩,其晋升依据功绩而非资历,高级公务员从政府内部提拔产生,公务员的工作和服务实行统一的标准和做法,政府事务可以分为智力和体力两类。这份报告遭到了议会中保守派尤其是贵族议员的强烈反对,直到1855年、1870年帕麦斯顿内阁以枢密院的名义颁布了《关于录用王国政府公务员的政令》,规定了公务员制度的若干原则,才标志着英国现代公务员制度的正式确立。

英国官员制度的改革直接影响了西方各国公务员制度的建立。美国内战后,众议员托马斯·詹克斯要求通过公开考试录用官员,建立以功绩制为核心的常任公务员制度。格兰特总统也公开反对“政党分赃制”,宣称“是忠诚和效率,而不是政治活动决定官员的任命”,纽约市海关总署也开始通过考试招收雇员。1881年,新上任的詹姆斯·加菲尔德总统遭到了求职未遂者的行刺,不久身亡,执政的共和党出于竞选的考虑转而支持公务员改革,1883年国会通过了《彭德尔顿法案》,在法律上废除了政党分赃制,把自由竞争机制引入到了政府官员的选拔和录用,体现了功绩制、政治中立和对公民负责的核心价值和精神,从而奠定了美国公务员制度的基础。加拿大于1882年、澳大利亚于1902年也分别建立起公务员制度,法国、德国和日本在二战后才全面推行公务员制度,到20世纪60年代,西方各国已广泛建立起比较完善的现代公务员制度。

现代公务员制度是依法行政的基础,它对公务员实施了分类管理,建立了稳定的政绩考核机制、晋升机制、职业保障机制,使公务员成为一支用法制建立起来的、依照法律管理国家的群体。一个严格按照法律规则生存的群体,才会严格遵守、执行法律规则。这是人类历史发展规律证明了一个真理。

而我国公务员制度建立比较晚,2005年我国才有了公务员法,迄今不过十余年,还存在诸多不完善之处。一是结构失衡问题:主要表现为年龄、性别、知识三大失衡。不少乡镇公务员队伍老化现象严重,断流、断层、断代“三断”日趋明显。调研显示,陕西省多数乡镇机关40岁以下公务员占比不足20%,有的甚至无30岁以下公务员可用。性别方面,部分乡镇公务员招考男女比例甚至到3:7,

乡镇基层经常要承担抢险救灾、治安联防、纠纷调解等工作,女性容易造成工作被动。知识结构方面,乡镇40岁以上公务员普遍学历层次较低,年轻公务员文化水平较高,但缺乏实践经验,出现“老的不懂法律,小的不懂实际”现象。二是逆向流动问题。调研发现,机构编制、人财物力出现了由乡镇向县区市集中的“逆向流动”现象。空编比例大的往往在乡镇,山东某市市级空编比例为6.9%,县级为7.2%,乡镇26%以上。三是所选非所需问题。主要表现为公务员考录设计不合理,不适应工作需要。一方面,受考录政策限制,乡镇公务员必须从大学生中招考,他们很难在短时间内承担主体业务。另一方面,以综合管理类职位为主的招录方式,容易导致专业结构与现实需求脱节。乡镇“七站八所”承担了大量基本服务职能,需要农业、环保、法律以及专业性、技术型干部。目前的招考方式,特长型、实用型、专业技术型人才难以脱颖而出。^[3]

其实,最大的问题就是缺乏把依法行政、依法办事作为公务员政绩考核的主要内容。例如,该法第33条规定,对公务员的考核,按照管理权限,全面考核公务员的德、能、勤、绩、廉,重点考核工作实绩。这里没有明确地把遵守、执行法律作为实绩内容;该法第43条规定,公务员晋升职务,应当具备拟任职务所要求的思想政治素质、工作能力、文化程度和任职经历等方面的条件和资格。这里也没有提到法律因素。直到最近党的十八届四中全会通过的全面推进依法治国的决定才明确提出:党政主要负责人要履行推进法治建设第一责任人职责;把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容,纳入政绩考核指标体系。把能不能遵守法律、依法办事作为考察干部的重要内容,在相同条件下,优先提拔使用法治素养好、依法办事能力强的干部。对特权思想严重、法治观念淡薄的干部要批评教育,不改正的要调离领导岗位。

由于长期以来没有把守法、执法作为工作实绩的重要内容,结果出现了唯GDP马首是瞻的倾向。如前边指出的法无授权仍为之的越权行政行为,多出于业绩考核、GDP数据的驱动(如征地拆迁、上项目、搞形象工程等);法有授权却无心为之的懒政、庸政、不作为,考虑的是多做多错,与业绩考核无关等,正如有人评价,官员为啥对城市大拆大建上心,对城市建成后的物业管理、违章建筑等城市顽疾不上心,根本原因就在于前者出业绩、出GDP数据,而后者花了精力领导不一定看见,一不小心捅了篓子还终结前程;不按行政程序办事的无序行政,原因在于不少人认为“为官一任、功成必须在我”,一切按程序来,中规中矩,事情就办不了,把程序放一边,出了问题由后任处理。在GDP挂帅的意识支配下,出了些问题,也可以说是花钱买教训、摸着石头过河、改革当然要允许走弯路,如此塞责。

由于长期以来没有把守法、执法作为工作实绩的重要内容,所以公务员规则意识淡漠、人治思想根深蒂固。上述“四无行政”现象,从内因来看,是没有规则意识。对循规蹈矩、照章办事、依法办案的,往往与“死脑筋”“不上路”“法呆子”划等号;对于漠视法规制度办事的,反而博得“有魄力”“脑子活”“能人”的

评价。上述规则意识淡漠,超越规则办事,体现在领导的身上,是“一言堂”“我就是法”;体现在下属身上,则是“目中无法”“唯领导是从”。体现在立法上,大跃进式立法、粗放立法、抽象立法、立法调研走过场,导致立法质量参差不齐、立法不接地气、不好用;体现在守法上,有的干脆把法视为绊脚石、有的想依法办事,却由于立法技术等缺陷无法依法办事,只好不依法办事。

犹如升学制度是学校教育的指挥棒一样,政绩考核、晋升制度是引导公务员做事的指挥棒,与西方历史文化传统不同,中国社会本来就法治根基浅薄,在情、理、法三者中重情理轻法制,缺乏用制度化、理性化的规则来约束人们的行为,如果政府不厉行法治约束,甚至矫枉过正,法治很难成为公务员的内心自觉。

(二) 中国对行政机关依法行政的外部监督力量未能充分发挥作用

权力具有自腐性,没有外部约束,难有自觉守法。审视西方依法行政的实践,不难发现,若是没有议会和法院等外部力量对行政机关依法行政的监督制约,西方不会走上依法行政道路的。

监督政府的行政行为是西方议会(国会)一项传统的重要的职能。西方国家宪法或习惯法都赋予立法机关监督行政机关的权力,以此制约行政机关的活动,防止行政机关滥用职权。立法机关对行政机关的监督主要从以下几方面进行:(1)人事监督。主要是批准政务官员的任命,此外还能够直接对重要政府官员的职业水平、道德修养等方面进行监察,对不称职者有权弹劾、批评。美国众议院道德委员会,就是履行这一职能的专门机构。(2)财政监督。立法机关作为人民代表机关具有“政府钱袋监督人”的职能。立法机关要派出专门机构按一定时间、程序和方式对政府预算和支出予以审议监督。(3)质询、调查、弹劾、投不信任票等方式的监督。议会行政监察专员制度是适应现代行政管理发展需要而产生的。它最早起源于瑞典,其主要职责是监督行政、军事、司法机关对于法律的执行情况。战后这一制度被许多国家采纳和应用。监察专员通过对案件的调查,来监督、检查政府中存在的管理不善的行为,并公布于众加以批评,提出给予受害公民以合理补偿。这样,议会行政监察专员通过受理控诉,进行调查核实,提出批评建议等,形成了独特的对行政机关及其公务人员的监督方式。

为了加强对行政机关的监督,西方国家的议会还设立了议会督导制度,又称议会专员制度。它是起源于瑞典、由议会设置专员监督公职人员行为的行政监察制度。20世纪50年代以后,丹麦、英国、新西兰、澳大利亚、加拿大的一些省,美国的某些州,圭亚那、坦桑尼亚、尼日利亚等国家和地区先后采用了这种制度。

西方国家司法机关对行政机关的监督方式主要有两种:违宪审查监督和行政诉讼监督。违宪审查监督是指特定的机关对行政机关所制定的行政规章进行合宪性审查。违宪审查监督已有190年的历史,有130多个国家建立了这种制度。行使违宪审查权的机构各国不尽相同,美国等由最高法院兼管违宪审查。而法国、意大利、德国等国则设立专门的机构——宪法法院来行使违宪审查权。

行政诉讼是司法机关对行政机关的监督。个人、法人或其他组织认为国家

机关作出的行政行为侵犯其合法权益,可以向法院提起诉讼。西方国家的行政诉讼制度有两种模式:一种是以法国为代表的大陆法系国家,在普通法院以外单独设立与之平行的专职受理行政诉讼的行政法院。法国行政法院属行政系统。行政诉讼有:①越权诉讼。公民和社会组织认为行政机关的行为损害其权利和利益时,提起行政诉讼。行政法院有权撤销违法的行政行为。②损害赔偿诉讼,又称完全管辖范围内诉讼。行政法院有权判决行政机关对受到损害的公民和社会组织给予赔偿。法国的行政法院在判决时所依据的主要是判例。仿效法国行政诉讼模式的国家还有德国、意大利、奥地利、比利时、西班牙、土耳其、希腊、埃及等。另一种是以英国为代表的普通法系国家,由普通法院根据受到行政机关不法行为侵害的利益关系人的申请,对行政行为进行合法性审查,称为司法审查。审查的主要根据是越权无效原则。

社会权力对行政机关的监督也是一种重要的监督。西方社会中存在着各种各样的利益集团,他们为了实现自己的利益最大化必然会向政府施加影响,以便政府的决策有利于自身的特殊利益。特别西方社会中存在的反对党或在野党,他们不仅在大选中抨击执政党的内外政策,而且在平常尽量收集执政党的“黑材料”,寻觅执政党的政策失误和各种丑闻,为自己的党派执政奠定群众基础。各种各样的利益集团和反对党、在野党的存在,不能不对执政党政府产生强有力的约束。这些利益集团和反对党往往与新闻媒体有着千丝万缕的联系,新闻媒体的独立性、广泛性、时效性以及追求新闻效应的爆炸性往往使之成为政治斗争或党派斗争的工具。新闻媒体往往能与掌握着政治权力的三个部门相抗衡,它通过对行政事务全方位地报道、新闻调查,轻则使违法的官员陷入困境,重则使其身败名裂,不得不退出历史舞台。这类例子屡见不鲜。新闻媒体具有动员民众的实际能力,它对行政官员具有一种无形的约束力。社会及舆论监督的广泛性,可以使行政机关及其工作人员处于无所不在的监督之中,大大防止了失监、弱监及监督盲点的出现。

上述西方对行政机关行政行为监督的诸多举措,大都出现于19世纪中后期和20世纪,它们与此一时期形成的公务员制度里应外合,共同奏响了依法行政的乐章。

反观我国目前的依法行政,明显看出它非常缺乏外部强有力的督促力量。人民代表大会作为国家权力机关,对行政机关监督乏力。第一,人大开会期间,人大代表对行政机关的质询案要经过主席团统一交给行政机关,非同于西方议会议员的个人监督行为;人大闭会期间,代表可以持代表证就地进行视察。代表视察时,可以向被视察单位提出建议、批评和意见,但不能直接处理问题。可以说闭会期间人大代表对行政机关的批评、建议没有实质约束力。第二,人大常委会对行政机关的监督属于集体监督,常委会成员对行政机关的询问、质询、特定问题调查等,要经过委员长会议或主任会议同意,而非同于西方议会的个人监督。第三,从实践来看,人大代表或人大常委会很少有对行政机关提出质询案和

进行特定问题调查的。

行政诉讼对行政机关依法行政的督促力度也不大。立案难、审理难、执行难是行政诉讼的三大难题。据统计,我国每年因行政行为引发的信访纠纷约有400万至600多万件,与此形成巨大反差的是,全国各级法院受理一审行政案件的数量一直在13万件徘徊(2014年为15.1万件),在法院全年受理的700多万各类一审案件中,只占1.8%。一家典型的基层法院每年大约受理40件行政案件,平均一个法官一年办10个案件。在受理的案件中,约有50%的案子被法院做工作让原告撤诉了;还有10%左右是驳回原告起诉的,判决原告胜诉的不到10%。^[4]司法程序不被尊重、二审终审制度不被尊重、行政救济、司法救济与信访救济体系冲突,无限制追求客观真实、轻法律事实,最终导致司法权威扫地,百姓信“访”不信“法”,拦轿子、告御状,无休止追求上级更上一级“领导批示”。

社会对行政机关依法行政的监督也不可乐观。张梅颖(原全国政协副主席,中国民盟第一副主席)说,中国政治制度的设计是非常好的,但在发展过程中也确实出现了一些具体问题,比如缺乏监督机制。过去开会时,一提到监督,就强调已经把监督含在参政议政里了,监督寓于参政议政之中,但其实这是两码事,这时的政协的监督职能被淡化,有时甚至几乎没有了。政治协商的关键是得选出人来,谁来协商很关键。我们必须选拔具备优秀素质、有胆有识的人进入政协,否则如何协商?如果不改变政协选拔人才办法,甚至花钱买委员,就很难发挥政治协商作用。我经常参加高层的会议,我有一个感觉,就是我们有时不太愿意听不同的意见,总希望大家“保持一致”。有时下面一有不同意见,无论持不同意见的是一般老百姓还是其他人,我们总觉得这可能是敌对势力又怎样了,其实这是毫不相干的两码事。小平同志在论述中国特色社会主义时,曾讲过要有“三个有利于”:第一是有利于比资本主义更高的效率,在某种程度上,我们可以说做到了这点,能够集中力量办大事。但是,真正的效率,是要讲究对资源的利用率的。第二是有利于实现比资本主义更切实的民主,我觉得在这方面,我们尚未达到,说到底,还是因为缺乏监督。第三是有利于比资本主义培养出更多的人才,这方面我们的差距还是挺大的。我们现在培养人才,就跟在流水线上的生产一样,遏制了人的想象力,创新型人才很难辈出。^[5]

至于目前的媒体监督,选择性监督比较多,还未达到正常发挥作用的程度。1984年春,全国人大教科文卫委员会启动制定新闻出版法的准备工作;1987年党的十三大的报告要求“抓紧制定”新闻出版法。分别过去了31年和28年,新闻法还没有出台。

在外部监督力度如此弱小的情况下,单纯依赖行政机关内部的自觉性来推进依法行政,显然是难以达到目的的。

三、中国依法行政之路:外部监督倒逼行政机关

如前所述,国外的依法行政实践已经证明,加强议会监督、司法监督、舆论监

督、社会组织监督等外部力量的监督,是逼迫行政机关依法行政的必由之路。这是因为权力具有自腐性,权力的腐败有三个本身的规律,一是绝对的权力必然导致绝对的腐败,不受制约的权力必然腐败;二是腐败的特征是权钱交易,是权力运用的随意性导致的;三是权力本身会回避监督,正如俗语所说“上有政策,下有对策”“你有你的千条计,我有我的老主意”。因此,指望权力自觉自愿钻进制度的笼子里,那是不可能的事情。中国共产党的领导人对此是有论述的,例如:

1945年黄炎培与几位民主人士访问延安,谈到治国的方略,他对毛泽东说,希望中共诸君找出一条新路,跳出“其兴也勃焉,其亡也忽焉”的周期率。毛泽东答道:“我们已经找到新路,我们能跳出这周期率。这条新路就是民主。只有人民来监督政府,政府才不敢懈怠。只有人人起来负责,才不会人亡政息。”

1980年8月邓小平同志在中央政治局所作的《党和国家领导制度的改革》讲话中指出:“我们过去发生的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法任意横行,制度不好可以使好人无法充分做好事,甚至会走向反面。即使像毛泽东同志这样伟大的人物,也受到一些不好的制度的严重影响,以至对党对国家对他个人都造成了很大的不幸。我们今天再不健全社会主义制度,人们就会说,为什么资本主义制度所能解决的一些问题,社会主义制度反而不能解决呢?这种比较方法虽然不全面,但是我们不能因此而不加以重视。斯大林严重破坏社会主义法制,毛泽东同志就说过,这样的事件在英、法、美这样的西方国家不可能发生。他虽然认识到这一点,但是由于没有在实际中解决领导制度问题以及其他一些原因,仍然导致了‘文化大革命’的十年浩劫。这个教训是极其深刻的。不是说个人没有责任,而是说领导制度、组织制度问题更带有根本性、全局性、稳定性和长期性。这种制度问题,关系到党和国家是否改变颜色,必须引起全党的高度重视。”^[6]

习近平总书记2013年1月22日在中国共产党第十八届中央纪律检查委员会第二次全体会议上发表的讲话中指出,要加强对权力运行的制约和监督,把权力关进制度的笼子里,形成不敢腐的惩戒机制、不能腐的防范机制、不易腐的保障机制。任何人都没有法律之外的绝对权力,任何人行使权力都必须为人民服务、对人民负责并自觉接受人民监督。要加强对一把手的监督,认真执行民主集中制,健全施政行为公开制度,保证领导干部做到位高不擅权、权重不谋私。

因此,创造外因条件,促使内因发生变化,厉行民主和法治,用外部监督力量倒逼行政机关依法行政,是全面推进依法治国的必由之路。

第一,修改我国人民代表大会代表法和人大常委会监督法,放宽人民代表和人大常委会委员对行政机关询问、质询、特定问题调查的条件,立足于鼓励他们起来监督,而不是害怕、限制他们起来监督,真正让权力机关对自己的执行机关的监督运行起来,不能让质询、特定问题调查这些法定的人民监督权力空转、“冬眠”。

人大监督不到位,与领导干部在各级人大代表中比例过高密切相关,领导干部在人大代表中比例过高,就容易带来人大行政化,人大的监督就会出现“自己当自己的法官”(自己监督自己)。这种监督要么不会发生,要么是走过场。

第二,人大及其常委会要定期分析哪些领域的行政诉讼是高发区。属于法律本身存在问题,或者法律之间打架,造成某一个领域行政争议增加的,应集中研究争议的类型,容易产生争议的条款,修改法律,或者细化法律。例如,政府信息的定义就是要求制作或获取,以一定形式保存。如果没有保存,是回答非政府信息还是政府信息不存在,容易产生分歧;保存过又灭失了,如果不能回答“不存在”,则没有更加合适的回答。回答“不存在”受质疑,直接告诉实际情况,但法律没有规定此种答复方式。因此,要根据行政争议集中点来研究法律规定是否完善。没有良法,何来良治?

第三,切实执行行政诉讼法关于行政机关负责人履行法定义务的规定。2015年5月1日实施的新行政诉讼法,增加了三项中国特色的规定,一是行政机关负责人应当出庭应诉,至少要求行政机关工作人员出庭应诉;拒不到庭或者中途退庭的,将受相应制裁。二是行政复议机关与行政行为作出机关共同当被告。三是拒不执行法院判决、反复做同样行政决定戏弄原告的行为,属于情节恶劣,法院可以拘留该行政机关直接主管人员和其他直接责任人员。这三项义务规定,体现了“老大难,老大难,老大抓了就不难,抓老大也不难”的中国国情特点。行政机关是首长负责制,让行政机关负责人亲历行政诉讼实践,败诉了,有利于负责人总结经验教训,体会行政相对人的艰辛,促进行政行为的改进;胜诉了,有利于负责人增强遵守法律的信心。让官员爱面子的心理转化为依法行政的动力。

诉讼的特点本来是代理人制度,但为了使中国某些看不起司法、不屑于当被告或者平时官僚主义、不了解下属工作情况的负责人改变作风,同时也为了有助于实质解决争议,规定行政负责人出庭应诉的制度设计是有利于促进依法行政的。不这样做,就无法推进依法行政,也无法让原告服判息诉。规定行政复议机关与行政行为作出机关共同当被告,有利于打破上级行政机关“官官相护”而不承担责任的官僚主义作风;法院可以拘留拒不履行法院判决的行政机关直接主管人员和其他直接责任人员,有利于树立司法权威,切实促进依法行政。

新行政诉讼法今年5月实施后,出现了一些行政机关负责人出庭应诉时“出庭不出声”情况,这是一时难免的。虽然“不出声”,但毕竟耳朵在听着,心里在想着,久而久之,行政官员就会习惯的,就会提高应诉技能水平的。

为了解决行政诉讼立案难、审理难、执行难,实际部门提出了提级管辖、异地交叉管辖、集中管辖等方案,我觉得这都不是长久之计,如果不彻底解决法官依法独立审判问题,不管谁来管辖,最终都会屈服于关系、人情和金钱。而要真正使法官独立审判,首先就必须做到实行法官终身任职、合理司法责任制(只要法官没有程序违法、徇私枉法和重大过失,就不应追究法官责任)和薪水只增不

减。除此,其他都是点缀。

第四,法律是自由的边界。防止权力和权利的滥用,都离不开法治。自由是做法律所许可的一切事情的权利;自由只服从法律,这是国际社会的共识。新闻自由是监督政府依法行政不可或缺的一支力量,当然它是一把双刃剑,一定要有法律约束。今年“两会”期间,全国人大教科文卫委员会主任柳斌杰说,人大正研究新闻传播立法,本届内有望提交审议。这是一个利好消息。有了新闻法的“负面清单”(禁止刊登的内容)和“权利清单”(新闻自由权具体化),监督和管理都可以有法可依。因此,要尽快制定媒体监督法,让媒体拥有监督行政机关的空间和边界。现在已经进入“自媒体”时代,在互联网的空间里,人人可以办“报纸”,人人可以当“记者”,人人可以当“编辑”,名人的微博可以超过任何一家纸质媒体和电视受众,如果不制定媒体监督法,是不符合时代发展潮流的。

第五,政府行政复议制度要改革,可以借鉴香港廉政公署设置四个社会代表性人士组成的咨询委员会共同参与反腐的做法,应成立由政府法制机构主导的、但有社会代表性人士参加的行政复议委员会,不仅处理具体行政争议案件,还要研究行政争议率(即行政复议和行政诉讼数字在整个行政行为数字中的占比),对行政相对人集中不满的领域,提出公共政策调整的建议。

第六,应建立行政相对人对行政机关行政行为的评议制度,使行政主体对行政相对人有敬畏之心。现在对行政机关的考核制度只让上级主管领导、其他行政机关来参与,行政相对人没有评议发言机会,基本上属于行政机关闭门造车,不符合行政民主原则。

第七,认真贯彻党的十八届四中全会关于全面推进依法治国若干重大问题的决定精神,制定依法行政考核项目,完善公务员绩效考核制度。但在考核中,决不能简单地把行政复议和行政诉讼案件的增减及败诉的多少与奖金等挂钩,因为这反过来会促使行政机关弄虚作假,不能正确对待行政复议和诉讼。

总之,运用民主和法治,从外部倒逼,引发内部变化,这是当今促使行政机关依法行政的两条道路。我们只能在这两条路上多想办法,持之以恒,方见成效。世界上只有主要依靠外部监督实现依法行政的国家,而没有外部监督力量虚化、主要依靠行政机关内的自觉就实现依法行政的国家。

注释:

- [1]刘百军:《云南省高院近日发布2014年度行政审判白皮书》,《法制日报》2015年7月11日。
- [2]《南宁晚报》2015年5月10日。
- [3]张崇和:《基层公务员队伍建设中值得注意的几个问题》,《思想理论动态参阅》2015年5月第99期。
- [4]何海波:《行政审判体制改革刍议》,《中国法律评论》2014年第1期。
- [5]张梅颖:《政治协商制度的价值》,《同舟共进》2014年第10期。
- [6]邓小平:《党和国家领导制度的改革》,《邓小平文选》第2卷,北京:人民出版社,1994年,第333页。

[责任编辑:力 昭]