

# 行政计划的法律控制研究

骆梅英

(浙江大学 法学院,浙江 杭州 310028)

**摘要:**行政计划作为一种新兴的现代行政管理方式,其自身特点决定了在法律控制的方法上实体控制的局限与程序控制的优越,因而构建民主科学的计划程序从而将其纳入法制轨道已成为行政法学的一个重要课题。由于过去理论上的长期不重视与实践中的不规范操作,造成我国行政计划程序法制化程度十分落后,在了解这一现状并考察国外先进经验的基础上,我国应切实建立和完善行政计划程序立法。

**关键词:**行政计划;程序控制;自由裁量权

**中图分类号:**D912.1      **文献标识码:**A      **文章编号:**1008-5831(2005)02-0110-04

## Reserach on Legal Control of Administrative Planning

LUO Mei-ying

(College of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

**Abstract:** Administrative planning is a newly-developed way of modern administrative governance. So far as the methods of legal control of administrative planning are concerned, procedural rules other than substantive ones are preferred due to its own characteristics. Thus, how to establish a set of democratic and scientific procedures for administrative planning has become an important issue of administrative law theory. Because we failed to pay enough attention to the study of administrative planning in the past, and the practice is still rudimentary, however, the reality in our country is the less development, if not absence of administrative planning procedure legislation. On a basis of survey of the successful experiences in other countries and regions, as well as the current situation in our country, it finally puts forward some tentative thoughts to make perfect the administrative planning procedure legislation in China.

**Key words:** administrative planning; procedural control; discretion power

### 一、计划行政的兴起与法治行政的挑战

行政计划又称行政规划,是指行政机关为在将来特定时间内达到一定行政目的或实现一定构想,预先就达到该目的或实现该构想的步骤、方案和措施所进行的设计与规划。

计划行政是现代行政的重要特色,是随着现代法治国家从侵害行政向给付行政、服务行政转化的过程而兴起的,一方面政府不仅要担当“守夜人”的角色,还要积极主动提供人民最大程度的服务和照顾,同时由于人民需求的内容和层次的多样化,社会机构的复杂化,管辖事务的不断扩大和丰富,要求行政机关行使职权具有前瞻性和整体性;另一方面由于现代人类面临可依赖的空间越来越少,财政资源的有限,行政效率对特定期限的要求等条件制约,使行政机关应就有限的资源作最大利用,因此就不得不事先制定各种计划,综合各种手段来实现这一需要。如日本仅就实定法规定的行政计划就超过300多种。在行政实务中,行政计划往往广泛应用于各种城市规划、土地开

发利用、环境保护、重大公共工程的建设以及国民经济和社会发展、国家财政预算、教育科技等各个领域。

鉴于计划在行政领域的全面渗透,现代行政实际上已成为计划行政的时代。我国学者杨建顺称政府部门这种基于广泛的政策裁量自由而形成计划的权力为“第二立法权”或“第四种权力”。<sup>[1]</sup>从现代法治行政的角度,行政计划最大的危险就在于行政机关以计划取代法律,计划凌驾于立法之上,依计划行政取代依法行政。具体来说,行政计划对于法治行政的挑战主要表现在:(1)大量的行政计划没有充分的实定法依据,是对法律保留原则的挑战;(2)缺乏健全的计划编制程序,计划主体集编制、实施、修改、监督职能于一身,是对正当程序原则的挑战;(3)当计划的制定可能对相对人的利益产生重大影响前,相对人不具有防卫权,是对行政公正原则的挑战;(4)没有追究计划主体违法编制计划的责任与监督机制,是对责任行政的挑战;(5)相对人因计划的实施而导致权益受损时没有畅通的救济渠道,是对法律救济原则的挑战等等。

收稿日期:2005-01-10

基金项目:中国法学会2003年重点资助课题“行政计划研究”(会研字[2003]第3号)

作者简介:骆梅英(1980-),女,浙江杭州人,浙江大学法学院硕士研究生,主要从事行政法基础理论研究。

因此,德国、日本及我国台湾地区等都把行政计划的法律控制问题作为行政法学的一个重要课题,并开展了丰富的讨论与研究。

然而,由于我国行政法学理论界过去一直把行政计划看作是一种“非权力性、非强制性”的行为而自然免责或排除在法制的管辖之外,进而忽视了对其进行理论上的研究,与上述行政计划理论相对较成熟的国家和地区相比,显得十分落后。现实中,行政计划的法律问题也日益突出,计划侵权、计划竞合、因计划导致公民权益受损的现象屡见不鲜。因此,与计划有关的一系列法律控制问题,如在方法上应倾向于实体控制还是程序控制,如何在我国现实基础上推动计划程序的法制化,是否应将计划程序纳入统一的行政程序法典等已成为行政法学研究的迫切任务。

## 二、对行政计划实体控制的局限

法律控制的方法不外乎实体与程序两种。那么对于行政计划的法律控制方法是倾向于严格规则模式还是正当程序模式?当然,历来没有任何一种行政作用方式是单纯采用一种控制方法的,笔者在这里论述程序对行政计划法控制的优越并非否定实体法控制的作用,相反对于公民权利义务产生法的拘束力的拘束性行政计划必须具有组织法与行为法依据。只是由于行政计划自身的特点,采用实体法控制成效不高,控制力度有限,因而更强调程序法控制。笔者以为行政计划的下列特征决定了在法律控制方法上实体控制的局限。

### (一)内容的复杂性、不稳定性

由于行政机关制定计划时所希望达到的行政目的各异,以及施政环境的不同决定了计划的对象涉及国民经济与社会发展的各个领域,城市建设、公共工程、土地利用、交通规划、地区发展、环境保护、教育科技、财政预算等等内容包罗万象。因此没有必要也很难用统一的实体规范对其具体内容加以约束;另一方面,计划的制定总是受当时环境与人的认知水平的限制,可能在实施过程中出现与实际情况不合的一面,当计划的理想性与现实的多变性难以协调时计划的修改就难以避免。<sup>[2]</sup>因此,事先对实体法作过多的限制反而可能造成计划滞后于实际而影响其本身宏观引导作用的发挥。因此,各国即使在实体法上有所限制也只是规定一些原则性的条款和制定规划时应考虑的因素,以“提示一些抽象的方向性的判断等,对行政提示裁量准则而已”。

### (二)表现形式的多样性、不统一性

内容的复杂决定了形式多样和不统一。在实践中,行政计划有的以正式的法律法规形式出现,如城市规划、土地利用总体规划;有的以行政机关发布的具有普遍约束力的规定、决议等形式出现,如某市政府编制的地区开发计划;有的以政府部门内部的工作提纲、意见的形式出现,如工商卫生等部门年度行政执法检查计划;有的以行政指导的形式出现,集中在经济科教领域如招商引资计划、科技研发计划等等。<sup>[3]</sup>从使用公文名称看也繁杂不一,主要有规划、计划、提纲、意见通知、规程、方针政策、措施、预算等等。

### (三)自由裁量的广泛性、政策性

这是决定实体控制的局限与程序控制的优越的

最主要原因。计划裁量权问题一直为研究行政计划的学者所关注,日本学者盐野宏<sup>[4]</sup>认为“关于计划即使有根据规范,并且存在规制规范,依然应承认计划的策划制定具有广泛的裁量自由。这是行政计划的重大特征”。正因为这样,使实体法的规制可能妨碍裁量自由,因而难以对行政计划进行全面而有效的控制。“在社会经济生活要求国家自由裁量权相对扩大的今天,实体规则的控制功能有所缩减,而程序控制的功能大大增加”。

综上,主体的多重、内容的繁多、形式的多样、裁量的广泛决定了在行政计划的法律控制方法上实体控制的局限,因而更倾向于程序控制。

## 三、实现正当程序对行政计划的法律控制

### (一)行政计划之正当程序

行政法的“正当程序”不同于传统法意义上的手续(只是上下级之间的纵向程式,表现为下级向上级汇报审批,上级监督下级的单向手续),包括以下五个要素:竞争的对立面、中立的决定者、充分且公开的信息、平等的对话、终局性的结果。正当程序通过对不同角色的参与者程序性权利义务的分配,形成一种分工上的制约与平衡,通过赋予相对人的防卫权达到行政主体与相对人之间的“交涉”与“反思”,从而把实体规则的控制转化为相对人的直接监督和控制。其优点就在于以问题为中心,在实体规则难以适应现代行政自由裁量权膨胀的情况下,通过信息公开使权力行使处于阳光之下和听取相对人意见的“交涉性程序”来实现控权目的。而严格规则模式则以规则为中心,当社会条件变化或复杂化时,修改、补充实体法的工作十分庞杂,对环境适应的代价颇高。可见,实现正当程序的控制正是行政计划的裁量性和多变性性质的要求。

从现代行政程序法的原理并结合各国关于制定行政计划的规定和惯常做法,行政计划之正当程序应该包括如下内容:确定计划主体和计划对象;计划主体调查情况、收集信息后拟订草案;将计划草案公开征求利害关系人和广大民众、专家及专业部门意见;提出异议;召开听证会;计划确定机关就异议做出裁决或妥善安排防护措施或给予利害关系人一定金钱补偿,修改草案;经有关机关审批;正式公告或送达确定计划裁决书;计划的实施与变更;相对人不服计划之救济等等。

### (二)对行政计划程序控制的优越

通过正当程序保障计划制定的公正、合理、民主、科学,建立利益反映渠道和对话机制是实现计划法治的必由之路。具体表现在:(1)提高行政效率。首先,计划程序规范使合理、简明、富有成效的行政程序上升为法律规范,从而避免现行做法的无序、繁杂和不统一。其次,计划制定的公众参与和公示公告程序使计划在制定过程中就吸纳了各方的意见,在相对集中的时间内就对计划所涉的不同利益进行调整,从而提高了计划为公众所接受的程度,避免计划的实施多生干扰。最后,一些特定程序的设计,如德国法上的计划裁决程序,具有集中事权、直接提高效率的法律效果,即赋予计划确定主体行使本来依法应属上级或其他行政机关的职能,避免再次征询有关主管机关同意

或其他同级行政机关的干涉。(2)防止计划权的恣意滥用。由于拘束性计划往往涉及土地的利用、城市建设、大型公共工程的营造等,内容往往牵涉一个地区的各个层面的多方复杂利益,计划的实施也是动辄就需数亿数十亿的投入,关系到一个地区的经济繁荣和可持续发展,计划权的滥用往往可能给国家和人民的财产造成巨大浪费。因此,在计划制定过程中引入专家咨询、民意调查、公开听证、有限变更等程序,将政府制定计划置于公众以及利害关系人的参与监督之下,从而保障理性选择,提高政府决策的科学性。(3)实现政府与民众之间的良性互动。另一方面,行政计划是政府为了最大程度地提供服务而合理使用社会公共资源,解决关系到重大社会公益的公共事务,以增进社会福利的一种行政方式。在计划确定过程中吸收公众参与,一方面体现了“人民城市人民建”的优良传统,市民参与行政规划,既是政治上当家作主又是自身合法权益的体现;另一方面又增强了计划本身的可操作性,为计划的实施提供有说服力的依据,降低计划执行阻力,建立起政府与民众之间良好的信任和互动机制。因此有学者认为,行政计划的民众参与程序的健全最能体现现代法治行政理念,计划确定程序最具有行政公开性、民主性与透明性。(4)建构合理有序的社会秩序。制定行政计划总是涉及一定的利益分配,如城市规划可能使特定地块成为黄金宝地,地区开发计划可以给社会提供相应的商业机会和就业机会,所以对相对人来说,了解行政计划的过程本身就是获取行政信息,把握商机的过程。“人们通过对计划的审议、确定、公布等程序得以预期估量公共部门未来的施政重点、财源分配及经济社会发展的方向,并据以安排生涯规划、投资重点,减少意外的法律秩序风险”。<sup>[5]</sup>因此行政计划具有影响人们行为从而引导整个社会秩序的“潜在”作用。通过计划的公示公告程序,使相对人有了了解信息、主张利益的渠道;通过计划变更、废除、计划竞合的协调等程序可以保证已制定计划的稳定性和存续力,使相对人因计划产生的信赖利益受法的保护。事实上,行政法研究行政计划确定程序的重要出发点,就是通过建构一套民主、理性的程序,来提高政府努力的方向与民众期待的一致性,减少因行为的不可预测性和社会变迁带来的法律秩序风险,促进社会的稳定与发展。

#### 四、我国计划程序立法的理性分析

在讨论这个问题之前,有必要对行政法上具有规范可能和必要的行政计划类型加以一定限制。实定法所规范之“行政计划”与一般概念所理解(或想象的)的行政计划确有不同,应有明确划分。“行政法律上的行政计划乃指特定范围或类型的计划。若以现今各该特定范围或类型较偏向于‘一定空间与土地利用的计划’,而绝非泛指所有行政机关所拟定的各种计划”。<sup>[6]</sup>法制上对行政计划之所以仅局限于此,或亦因此种计划影响常较为广泛,涉及人民权益亦较为广泛,同时法技术上为规范亦较有可能。至于其他所谓的‘计划’,或则根本不具特殊的法律意义(如仅具机关内部的效力,或仅为行政上参考用),或虽亦有法制予以规范(如预算计划涉及预算法等多种相关法令),但非真正行政机关的作用行为,故通常较少被认为系

行政法学上讨论的‘行政计划’”。如德国1976年《行政程序法》第72至78条详细规定了计划确定的几个重要步骤,即公开、听证、裁决、变更和废除及多个计划的竞合等。但德国学界通说认为确定计划程序适用于涉及土地面积大且相关民众多的重大工程或开发案件;台湾行政程序法草案也曾单章规定了计划程序,但也仅限于土地开发利用或限制使用,直接影响人民权益的行政计划和公共事业之兴办或公共设施之设置,影响地方开发与发展的行政计划等两种。因此,本文关于行政计划程序的论述也主要以一定空间与土地利用的计划为主。

一般来说,实定法规范的行政计划程序分两种,一是由专门的单行法律规定的计划程序,如城市规划、土地规划等,这类计划程序散见于各国相关专门法律中。二是由统一的行政程序法典规定的特别计划程序,适用于特定土地之利用开发,关系国民重大权益的大型公共工程的兴建计划等。

目前,我国正面对新修订的《土地管理法》颁布、《城市规划法》修改和统一的行政程序法典制定这三件事关计划程序法制化的大事,尤其是学界对将行政计划程序纳入到统一的程序法典的呼声甚高。然而在借鉴国外先进计划确定程序的同时,也应理性对待一国计划程序设计背后的政治经济文化背景和可行性条件。笔者以为,目前我国将行政计划纳入统一的程序法典应该缓行。

#### (一)计划程序的规范化程度低

首先,我国行政计划的法律法规落后,缺乏最基本的程序性规定,缺乏公众参与机制。当前我国实务中计划编制程序极不统一,各个部门有不同做法,非拘束性行政计划一般根据上级部门的文件精神 and 指示制定,然后报上级部门批准。拘束性行政计划虽有专门的法律规定,然而也以实体规范为主,至于具体程序的条款不仅少而且十分粗疏。以《城市规划法》为例,我国的规划制定程序主要包括规划部门编制、报上级部门审批、公布、实施几个步骤。这一程序可谓完全是行政部门单向操作,普通市民被排除在规划制定之外,受规划影响的利害关系人完全没有机会参与意思表示,更没有听证、救济等程序保障相对人的权益。而且规划部门集“裁判”、“球员”于一身,可以自己编制、自己修改、自己审批,这种做法违背了“自己不做自己的法官”这一最基本的法治原则。新《土地管理法》虽然单章规定了土地利用总体规划,较以前有所进步,但仍没有跳出封闭式的编制、审批、执行程序。至于体现现代行政程序精神的一些重要制度,如听证、公开、职能分离、说明理由等仍然不见踪影。从上文提及的现代正当程序的构成要素看,这些只能称之为手续不能称之为程序。而计划程序相对较成熟的国家,如德国在程序法典中设立特别程序本身就是建立在一般计划程序相对较健全的基础上。

其次,执法力度不严,计划制定的违法现象屡见不鲜,缺乏相应的责任与监督机制。如《城市规划法》对规划实施的监督措施及程序几乎没有规定,也没有严重违法者的刑事责任条款,因而造成了“违法风险极低”而“执法风险极高”的不对称局面,使计划制定实施的违法现象屡见不鲜,有的地方建委几年也没查

处过一起违反规划的案件。被朱镕基总理明令拆除的武汉外滩花园,建筑面积6万多平米,按照武汉市总体规划,该地属于非法建设用地,也是《中华人民共和国防洪法》明令禁止的建设地段,直接影响到长江武汉段的泄洪能力。这一类违法建筑由于规划部门审批手续齐全,国家为此付出了2亿多元赔偿金,而责任者却顶多丢官降职。无责任便无行政,从此案可看出规划部门自己制定规划、自己审批规划许可证,又没有其他职能部门对实施规划的建设项目进行执法监督检查程序而造成了责任真空现象。

最后,计划竞合现象严重,缺乏相应的行政主体权限的协调机制。计划竞合是指不同行政主体制定的行政计划之间出现矛盾和冲突,从理论上讲是行政权限冲突的一种,应该由行政机关内部按照一定的原则来协调,如我国台湾省的做法是:多个独立的计划,全部或部分相竞合须做出统一决定时,就竞合部分应进行单一计划确定程序。该计划确定程序的管辖与适用程序,依其拟定措施或设施影响范围较大的计划所适用的法令决定。发生异议的,由共同直接上级机关决定。我国还没有类似协调机制,以至于相对人在两个政府部门之间无所适从。

#### (二) 计划编制的正当程序理念缺失

计划领域的随意行政、违法行政现象屡禁不止,与计划编制执行主体的法治意识不强有明显关系。笔者走访了几个计划制定部门,很多实际参与计划制定的政府人员对于什么是行政计划都没有清楚的认识。“编制计划是政府的事”,“政府在规划过程中可以牺牲一部分人的利益,为城市的发展谋福利”,这些当然没有错,但如果一味强调计划的政府职能性,就会把老百姓排除在计划的制定之外,如果计划完全是政府的事那么就意味着政府对计划有完全的处置权。

另一方面,笔者也了解到尽管一些规划编制工作者也呼吁规划编制程序的完善和法制化,一些地区如泉州市也制定了《规划编制管理技术规定》来实现编制过程的规范化,然而由于缺乏正当程序的理念,多数人所期待的程序仍然是带有明显的部门立法色彩,是为排除政府的干扰、百姓的说三道四,为规划部门独揽大权,将规划变成一个人的设计服务的。他们对现行层层报批的手续造成行政效率的低下颇有微词,认为在规划法修改过程中要扩大规划部门权力,减少审批手续,由规划部门起主导作用,“因为规划是一样技术活”。这些缺乏正当程序的理念使我们很难想象制定出的法律会不会变成一项“首长工程”,带有强烈的部门立法色彩,从而使计划程序的法治化道路越走越偏。

#### (三) 对计划的理论研究落后

我国目前大部分教科书都还没有对行政计划的介绍,对于行政计划是否属行政法学的研究范围尚存争议,更何谈对一些基本概念的界定。而且,笔者以为对于引进德国计划裁决程序的政治经济文化背景、设计初衷、执行情况、主要作用、救济原理等都没有详细考证,对于计划裁决的主要功能——集中事权更是知之甚少,贸然引进恐怕多有疑义。理论上的不成熟势必使实践中遇到重重阻力。而且,即使勉强规定了实际中薄弱的行政法治意识和“治民”的行政文化传统也可能使计划程序难以真正执行而流于形式,甚至为行政机关的不当行为提供法的保障。

#### 五、结语

综上所述,在构建我国大陆计划制定程序时也应更多从本土的行政文化、体制、资源等现实基础中挖掘法律制定的基因,从而保证制定出的法律的可行性与可操作性,避免专家立法和部门首长立法,以免使立法脱离现实、远离民众而成为“看上去很美的样子货”。笔者建议,目前应以健全几部单行法律中的计划确定程序为主,在实务中积累计划制定与实施的经验,提高计划编制人员的法治意识和正当程序理念,培育公众参与计划过程的意识并建立起相应的公示公告、异议讨论、信赖救济、计划竞合的协调等配套机制,加强对行政计划法律属性及计划确定程序的理论研究,要对引进国外先进计划程序进行严密考证,更要注意本国行政环境的本土资源和现实基础。在具体操作上,笔者以为,德国及我国台湾地区的做法在以下方面值得借鉴:计划拟定主体与确定主体的职能分离制度;保证相对人参与计划的听证制度;多个计划竞合的协调机制;计划变更、废除的法律救济制度,在将行政诉讼、行政复议、行政赔偿扩大到行政计划领域,设立民众诉讼等方面作进一步完善,从而不断推动我国行政计划法制化进程。

#### 参考文献:

- [1] 杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京:中国法制出版社, 1998.
- [2] 林胜鹇. 行政法总论[M]. 台湾:三民书局, 1999.
- [3] 廖义男. 公共建设与行政法理[M]. 台湾:三民书局, 1994.
- [4] 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺译. 北京:法律出版社, 1999.
- [5] 陈清秀. 行政计划制定之手续与行政救济[J]. 宪政时代, 1998, (13): 49-52.
- [6] 刘宗德. 现代行政与计划法制[J]. 政大法学评论, 1998, (45): 84-88.