

内部行政程序的法律规制(下)

何海波*

目次

- 一、内部行政程序概论
- 二、与程序有关的行政执法主体资格
- 三、行政机关内部的决定程序(以上上期已刊载)
- 四、上下级行政机关的审查、批准与备案
 - (一)下级行政机关的审核
 - (二)上级行政机关的批准
 - (三)向其他国家机关的备案
- 五、外部专家的评议、评审和评定
 - (一)专家参与的事务
 - (二)专家参与的类型
 - (三)专家组成
 - (四)专家参与的一般程序
 - (五)专家参与的公开性
- 六、结语

关键词 内部行政程序 行政执法资格 首长负责制 上下级行政机关 专家参与

四、上下级行政机关的审查、批准与备案

行政机关在做出行政决定前,除了本机关内部的承办、审核和决定程序,有的还经历下级行政机关的拟议审查或者上级行政机关的审核批准过程;做出决定后,有的还应当当相关部门备案。

* 清华大学法学院教授、法学博士。

我的研究助理李燕帮助查找了多个案例,朱芒、洪延青、宋华琳、金自宁、郑春燕、肖泽晟、金承东、于安、章剑生、熊文钊等师友阅读了文章初稿并提出许多修改意见。特此致谢。

对这些审查、批准、备案程序,其正当性需要论证,其设定权 and 法律责任也需要规范。

(一) 下级行政机关的审核

一些法律把做出行政决定的权力授予某个行政机关,但要求其下级行政机关事先审查,提出意见。一种情况是,下级人民政府(或者主管部门)审查,上级人民政府(或者相应的主管部门)做出决定。《土地管理法》(1998年修正)第62条第3款规定,“农村村民住宅用地,经乡(镇)人民政府审核,由县级人民政府批准。”第二种情况是,人民政府的部门审查,本级人民政府决定。依据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第10、11条,房屋征收部门拟定征收补偿方案,报市、县级人民政府;后者根据公众意见修改,并及时公布。

在上级行政机关做出最后决定前,由下级行政机关进行初步审查并提出处理意见,这一程序设置的主要目的似乎在于两个方面:既要充分利用下级行政机关所掌握的专业知识、执法经验和所了解的具体情况,又要避免下级行政机关观点的偏狭或者利益的勾连,确保行政决定所考虑问题的全局性和中立性。但是,下级行政机关的参与也可能会拖延行政过程,模糊行政责任。由此,产生了一系列的法律问题:谁有权设置前置的审查程序?下级机关的审查意见对上级机关有没有约束力?做决定的机关能否越过下级行政机关,径直做出决定?当事人不同意下级机关的审查意见,能否提起诉讼?

现有法律没有明确哪一层级的法律可以设置下级行政机关的前置审查程序。从实践来看,除了法律、法规,有的规章也规定了这类前置程序。下级行政机关的审查不是一个独立的行政程序,而只是一个行政行为程序的一部分。对于下级机关审查的法律后果,最高法院司法解释规定,行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报,当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的,以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。^[29]该司法解释暗示,只有下级行政机关不予审查或者不予上报,以致阻断了行政程序的进行,下级行政机关才承担独立的责任。如果下级机关做了审查并上报,其法律后果就由做决定的上级机关承担。由此推论,司法解释假定,在法律规定的情况下,下级机关的审查是必经的程序,但其审查意见对上级机关没有约束力。

(二) 上级行政机关的批准

行政机关做出重大决定,往往会事先请示、征询上级机关,取得后者的同意或者支持。通常情况下,这属于纯粹的内部程序,法律不做规定,法院也不予审查。但是,一些法律、法规规定,行政机关做出行政行为前应当经过上级行政机关批准。例如,《公共文化体育设施条例》(2003年)第27条规定,因城乡建设确需拆除公共文化体育设施或者改变其功能、用途的,有关地方人民政府在做出决定前,应当征得上一级人民政府文化行政主管部门、体育行政主管部门同意,并报上一级人民政府批准。一些规章也做了类似的规定。对于《外国人入境出境管理法》(1985年)第27条关于“对非法入境、非法居留的外国人,县级以上公安机关可以拘留审查、监视居住或者遣送出境”的规定,《公安机关办理行政案件程序》(2006年修订)第192条补充规定:“对外国人的拘留审查、监视居住或者遣送出境由县级以上公安机关决定。但县级公安机关在做出决定前,应当报上一级公安机关批准。”

这类行为中,对外做出行政决定的是一个机关,但该机关的决定需要上级行政机关的把关。

[29] 《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》,法释[2009]20号,第4条。

问题是,哪些事项应当经过上级行政机关批准?为什么不由上级行政机关自己决定?从前述规定中,似乎可以猜测其理由在于:行政行为本来属于某个地方政府或其部门的管辖范围,但由于该行为社会影响重大(关闭企业),或者可能造成严重后果(对外国人的处置),需要慎重对待,才规定处理结果应当事先经过批准。从保障行政机关职能分工的观点而言,强制性地规定上级批准程序应当是一种例外情形,不应泛化。

对于经上级机关批准做出的行政行为的法律后果,法律缺乏明确规定,实践中的做法互相冲突。有的认为,上级行政机关的批准行为是行政行为成立的要件,下级行政机关的活动只是行政行为的一个中间环节。因此,依法经上级行政机关批准的行政行为应当由上级行政机关承担责任。《行政复议法实施条例》(2007年)第13条即规定:“下级行政机关依照法律、法规、规章规定,经上级行政机关批准做出具体行政行为的,批准机关为被申请人。”有的认为,上级机关的批准行为只是一个“内部程序”。因此,即使是依法经上级行政机关批准的行政行为,也应当由对外做出行政行为的行政机关承担责任。最高人民法院关于行政诉讼法的《若干解释》第19条规定:“当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为,向人民法院提起诉讼的,应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。”也有的认为,行政行为实际上是由两级行政机关共同做出,因此应当由两者共同承担责任。最高法院有关行政许可案件的司法解释规定,“行政许可依法须经上级行政机关批准,当事人对批准或者不批准行为不服一并提起诉讼的,以上级行政机关为共同被告”。^[30]一个问题三种答案,到底采用哪一种,有待法律的统一规定。

(三) 向其他国家机关的备案

备案不但是行政机关对社会实施监管的一种手段,也是其他国家机关对行政行为实施协调监督的一种手段。此处讨论的自然是后者。行政行为做出后向其他国家机关备案,有助于其他国家机关掌握情况,了解动态,协调行政或者检查监督。在具体行政管理中,备案常常与批准结合使用,一个事项经过上级机关批准后再向另一个机关备案。相对于上级机关的事先批准,事后备案的要求是一种更加和缓的监督手段,具有事先批准的替代性措施的功能。本文着重讨论应当备案的事项、接受备案的机关和备案的效力。

行政机关应当备案的事项,可以分为三大类:(1)行政机构的设置、职责划分和人事管理等行政组织行为;(2)对社会公众具有普遍影响或者对行政执法具有长远影响的行政行为,包括具有普遍约束力的规范性文件,临时性的行政措施,行政规划、计划、预案,技术性和政策性标准,以及为实施法律而划定的区域、确定的名单等。对于这些行为的备案,法律基本上已经形成普遍要求;(3)重大的具体行政行为。例如,《土地管理法》(2004年修正)第45条规定,省级政府在其权限内批准征收土地的,报国务院备案。《政府采购法》(2002年)第47条要求,政府采购项目的采购人应当将采购合同副本报同级政府采购监督管理部门和有关部门备案。总的来说,对于重大的具体行政行为的备案,中央层面的立法比较少见,各地做法差异很大。总结地方性的法规、规章和规范性文件,要求备案的行政行为主要是重大的行政处罚和行政许可决定,也包括行政强制、行政裁决、行政赔偿。例如,武汉市政府规定,对法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,行政机关做出的准予行政许可的决定,应当报送同级人民政府和上一级行政机关

[30] 《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》,法释[2009]20号,第4条。

备案。^[31]

接受备案的机关,根据实施行为的机关和行为的性质,法律规定各不相同。政府部门实施的行为,有的向上级政府主管部门备案,有的向本级政府备案,也有向同级政府主管部门备案^[32]。政府多个部门共同做出的行为,往往要求分头向上级政府主管部门备案。政府部门所作决定涉及多个相关部门的,法律可能要求同时向多个相关部门备案。人民政府实施的行为,有的向上一级政府备案,也有向上一级政府主管部门备案(或者通过其主管部门向上级政府主管部门备案),还有向本级人大常委会备案。

通常情况下,行政行为做出后向有关国家机关备案不是该行政行为生效的要件,有关机关接受备案本身也不意味着对该行为合法性的确认。因为这个原因,司法实践中很少涉及备案行为。但是,有个别法律、法规把备案作为实施的要件。例如,《测绘法》(2002年修订)第12条规定,县级以上地方政府测绘行政主管部门组织编制本行政区域的基础测绘规划,报本级政府批准,“并报上一级测绘行政主管部门备案后组织实施”。《农村五保供养工作条例》(2006年)第10条规定,农村五保供养标准可以由设区的市级或者县级人民政府制定,“报所在的省、自治区、直辖市人民政府备案后公布执行”。与之类似,农村最低生活保障标准也要求先备案后执行。^[33]

五、外部专家的评议、评审和评定

虽然行政决定名义上由行政机关做出,但行政过程往往伴有行政系统以外人员的参与。这里所讲的不是外部人员作为利益相关人的参与,而是作为相对中立的第三方参与,因此也放在内部行政程序中讨论。例如,《劳动教养试行办法》第12条规定,对需要劳动教养的人,承办单位必须“征求本人所在单位或街道组织的意见”,报请劳动教养管理委员会审查批准。虽然在实践中,这一条规定的征求意见程序很少得到重视,但也有法院以之为据,撤销了劳动教养委员会的决定。^[34]

当事人以外的外部人员参与行政过程,最典型的莫过于专家参与。实践中,专家广泛参与行政过程,提供咨询意见或者从事评审评定。专家参与有助于促进行政决定的科学化、理性化。而相对于行政机关自己“养专家”来说,请外部专家参与更节省行政成本,也有助于保持行政决定的中立性。但是,专家参与行政不是天然正当的,更不是必然有效的。就专家本身来说,专家视角可

[31] 《武汉市实施行政许可若干规定》(2004年)第34条。

[32] 例如,《海洋环境保护法》(1999年修订)第18条规定:“国家海洋行政主管部门负责制定全国海洋石油勘探开发重大海上溢油应急计划,报国务院环境保护行政主管部门备案。国家海事行政主管部门负责制定全国船舶重大海上溢油污染事故应急计划,报国务院环境保护行政主管部门备案。”

[33] 《国务院关于在全国建立农村最低生活保障制度的通知》(国发[2007]19号)规定农村最低生活保障标准由县级以上地方人民政府按照能够维持当地农村居民全年基本生活所必需的吃饭、穿衣、用水、用电等费用确定,并报上一级地方人民政府备案后公布执行。

[34] 游鸿增诉龙岩市劳动教养管理委员会案,福建省龙岩市中级人民法院,(2003)岩行终字第70号。福建省龙岩市中级人民法院认为,虽然公安部法制司批复认为征求所在单位或街道组织的意见不作为审批劳动教养案件的必经程序,但该批复明显与《劳动教养试行办法》第12条规定不符。征求意见程序是必须遵守执行的,而且该意见是对游鸿增是否应劳教的很重要的参考依据。故被告没有事先征求所在单位或者街道组织的意见做出劳动教养决定,违反法定程序。

能偏狭,专家意见可能谬误,甚至专家立场可能被“俘获”。对某些行政机关来说,专家参与只是增添麻烦的程序,或者是一个粉饰决策的道具。^[35] 克服专家参与中的问题,需要完善的法律规定。

中国目前没有针对专家参与的专门立法,相关规定散见于法律条款中。下面根据相关规定,特别是全国人大常委会1980年的《学位条例》、中国证监会2006年的《中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法》(以下简称《发审委办法》)^[36]以及北京市行政复议委员会案件审理规则三个例子,总结专家参与的程序。实践中的多个案件,如刘燕文诉北京大学学位评定委员会案、西北政法大学博士学位授权立项建设行政复议案^[37],都对专家参与程序提出了严肃的诘问。

(一) 专家参与的事务

实践中,专家参与的事务涉及规则制定和重大决策,也涉及很多具体的行政决定。

行政规则制定和重大决策中的专家参与得到了越来越多的肯定和重视。专家参与行政立法,在国务院2001年的《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》中得到体现。《全面推进依法行政实施纲要》提出,“建立健全公众参与、专家论证和政府决定相结合的行政决策机制”,涉及全国或者地区经济社会发展的重大决策事项以及专业性较强的决策事项,应当事先组织专家进行必要性和可行性论证;实行立法工作者、实际工作者和专家学者三结合,建立健全专家咨询论证制度。^[38] 个别法律也做了引导性的规定。例如,《科学技术进步法》(2007年修订)第13条规定:“国家完善科学技术决策的规则和程序,建立规范的咨询和决策机制,推进决策的科学化、民主化。”

具体行政决定中的专家参与,多取决于法律的规定。有的法律规定专家参与是必经程序。例如,《证券法》第14条规定:“国务院证券监督管理机构设发行审核委员会,依法审核股票发行申请。”当太平洋证券在灰幕之下绕过所有法定程序,凭证监会办公厅的一纸批复“直接上市”,引起了社会的质疑。也有一些法律笼统地要求行政机关组织专家论证,或者规定了特定的咨询机构。《社会保险法》(2010年)第80条:“统筹地区人民政府成立由用人单位代表、参保人员代表,以及工会代表、专家等组成的社会保险监督委员会,掌握、分析社会保险基金的收支、管理和投资运营情况,对社会保险工作提出咨询意见和建议,实施社会监督。”在法律没有强制性规定的情况下,行政机关也可以组织专家论证和审议。例如,北京市人民政府建立了行政复议委员会,并规定事实认定存在较大争议、法律适用存在重大分歧、案件涉及公共利益或者社会影响较大等重大疑难案件,

[35] 对专家参与的意义和问题的讨论,参见王锡锌:《公共决策中的大众、专家与政府:以中国价格决策听证制度为个案的研究视角》,载《中外法学》2006年第4期;王锡锌:《我国公共决策专家咨询制度的悖论及其克服:以美国〈联邦咨询委员会法〉为借鉴》,载《法商研究》2007年第2期;宋华琳:《政府决策不能迷信“专家”咨询》,载《小康》2006年第10期。

[36] 更早的规定是2003年的《中国证券监督管理委员会股票发行审核委员会暂行办法》。它由中国证券监督管理委员会制定,经国务院《国务院关于〈中国证券监督管理委员会股票发行审核委员会暂行办法〉的批复》(国函[2003]119号)批准,作为规章公布。2006年的《发审委办法》在2009年做了修正,主要内容是分设主板市场发行审核委员会、创业板市场发行审核委员会和上市公司并购重组审核委员会,并规定委员不得相互兼任。

[37] 杨彦:《申报博士点失利西北政法大学提出行政复议申请》,载《人民日报》2009年4月27日。

[38] 《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步推行政务公开的意见》(中办发[2005]12号)提出,“积极探索通过社会公示、听证和专家咨询、论证以及邀请人民群众旁听政府有关会议等形式,对行政决策的过程和结果予以公开”。《国务院关于加强法治政府建设的意见》提出,“建立健全专家咨询论证制度,充分发挥专家学者在政府立法中的作用”;在行政决策的风险评估中,“建立完善部门论证、专家咨询、公众参与、专业机构测评相结合的风险评估工作机制”。

由复议委员会案审会审议。^[39]

(二) 专家参与的类型

专家参与的方式各不相同,名称更是五花八门,包括专家咨询、论证、审议、评议、评定、鉴定等等。根据专家意见在行政过程中的地位,大体上可以把专家参与分成三类:评议(咨询、论证)、评审和评定(鉴定)。

1. 专家评议(咨询、论证)。一些情况下,法律规定专家咨询论证是必经程序。例如,《中外合作办学条例》(2003年)第19条和《民办教育促进法实施条例》(2004年)第13条分别规定,申请正式设立实施学历教育的中外合作办学机构或者民办学校的,“审批机关受理申请后,应当组织专家委员会评议,由专家委员会提出咨询意见”。即使法律没有规定,行政机关仍然可以咨询有关专家,或者邀请专家评议。实践中,是否使用专家评议多由行政机关根据情况裁量决定。多数情况下,专家评议可以由行政机关临时邀请若干相关专家进行。专家评议无需确定多数意见,一般也不表决。评议意见仅供行政机关参考,对行政机关没有约束力。

2. 专家评审。采用专家评审程序的,原则上应当由行政机关聘任的专家或者行政机关抽取、选取的专家组成专家委员会进行评审。除非另有规定,专家委员会应当以会议方式进行评审。专家评审意见根据专家表决结果,以专家委员会的名义做出。行政机关对专家评审意见应当给予高度尊重,没有正当理由不能拒绝采纳专家的意见。行政机关不采纳专家评审意见的,应当说明理由,并知会专家和有关当事人。但是,行政机关仍然有义务根据法律规定做出独立判断,而不完全受专家评审意见的拘束。例如,《证券法》第14、15条规定,国务院证券监督管理机构设立的发行审核委员会对股票发行申请提出审核意见,国务院证券监督管理机构依照法定条件负责核准。

3. 专家评定(鉴定)。《学位条例》第10条规定,学位评定委员会“负责对学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议,做出是否批准的决定”。专家依照程序做出的评定、鉴定对行政机关具有约束力。行政机关只能根据专家评定、鉴定的结论做出行政决定。行政机关认为专家评定、鉴定程序违法或者存在显著的事实错误,影响评定、鉴定的公正性,可以重新组织专家评定、鉴定。行政机关不但组织专家评定,也监督专家评定。

专家评定是一个相当独立的程序,有的专家评定机构本身是一个独立机构。对专家评定结论不服,谁将承担法律责任?以《学位条例》为例。该《条例》规定,学位由国务院授权的高等学校或者科学研究机构授予(第8条);学位授予单位在学位评定委员会做出授予学位的决议后,发给学位获得者相应的学位证书(第11条)。《条例》还规定,学位授予单位应当设立学位评定委员会(第9条),负责审查通过学士学位获得者的名单,及审查批准学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议(第10条)。在实践中,有的学位证书上甚至同时署有学位授予单位和学位评定委员会的名称。但综观该《条例》,学位评定委员会是学位授予单位的内设机构,而不对外独立行使学位授予职权,学位评定委员会的审查是学位授予程序的一部分,而不是学位授予行为本身。因此,对学位评定行为不服的,仍应以学位授予单位为被告。有的法院以学位评定委员会为被告^[40],似乎不符合该《条例》的精神。

[39] 《北京市人民政府行政复议委员会行政复议案件审理会议事规则》,京政复议委〔2007〕3号,第3条。

[40] 刘燕文诉北京大学学位评定委员会案件,北京市海淀区法院行政判决书,(1999)海行初字第103号;北京市第一中级人民法院行政裁定书,(2000)一中行终字第43号。

(三) 专家组成

作为一般规则,参与评议、评审、评定的专家必须是相关领域的专业人员;超出自己的知识领域,专家也是门外汉。同时,专家知识也可能偏狭,需要注意专家组成的平衡性。

1. 专业资格。有的法律对专家所属的领域做了规定。《认证认可条例》(2003年)第32条则规定,国务院认证认可监督管理部门应当组织“在相关领域公认的专家”组成专家评审委员会,对符合规定要求的认证机构、检查机构、实验室进行评审。也有的法律规定了专家所属的多个相关领域。《化妆品卫生监督条例》(1989年)第18条规定,国务院卫生行政部门聘请科研、医疗、生产、卫生管理等有关专家组成化妆品安全性评审组,对进口化妆品、特殊用途的化妆品和化妆新原料进行安全性评审。

2. 行政官员是否参与专家评议、评审和评定,视事务性质不同。依据《证券法》第14条,国务院证监会的股票发行审核委员会,就是由国务院证券监督管理机构的专业人员和所聘请的该机构外的有关专家组成。在实践中,主板和创业板的发审委委员分别为25名和35名,其中中国证监会的人员5名,其余为中国证监会以外的人员。^[41]《学位条例》(2004年修正)第9条第2款规定,“学位论文答辩委员会必须有外单位的有关专家参加”。《社会保险法》(2010年)第80条,统筹地区人民政府成立的社会保险监督委员会,则“由用人单位代表、参保人员代表,以及工会代表、专家等组成”。该委员会对社会保险工作提出咨询意见和实施社会监督的性质决定了它不含政府官员。

3. 专家成员的固定性。有的没有确定的专家名单,一事一议。例如,《学位条例》(2004年修正)第9条规定,学位论文答辩委员会组成人员由学位授予单位遴选决定。实践中,答辩委员会成员一般临时选定。有的有一个“大名单”,到时从中选取或者抽取。例如,《发审委办法》规定,发审委委员为25名;发审委会议审核发行人公开发行股票申请和可转换公司债券等中国证监会认可的其他公开发行证券申请,每次参加发审委会议的发审委委员为7名。还有的由固定的专家组成委员会,并且有明确的任期。例如,《学位条例》(2004年修正)第9条规定,学位评定委员会组成人员名单由学位授予单位确定,报国务院有关部门和国务院学位委员会备案。

4. 专家回避。行政机关聘请专家提供咨询,虽然无法做到百分之百的中立,但仍要防止专家的偏私。与咨询论证事项有利害关系的专家,应当回避。专家意见的分量越重,对专家中立性的要求也越高。北京市人民政府行政复议委员会对行政复议案件的审议结果虽然没有拘束力,《北京市人民政府行政复议委员会委员守则》仍然规定,与案件有利害关系、可能影响案件公正审议的委员应当主动提出回避。

(四) 专家参与的一般程序

专家参与的具体程序,也是专家参与有效性和正当性的重要保障。

1. 专家会议。专家参与由行政机关组织或者负责召集。除非另有规定书面咨询或者通讯评审,参与决定的专家一般以会议方式发表意见。《发审委办法》规定,发审委通过召开发审委会议进行审核工作。据此,通讯评审或者电话征求意见显然不被允许。除非是非正式的咨询,专家一般不能委托他人参加会议。这是因为一个专家被邀请或者任命参与评审、评定,是基于对他学术能力和品格的信赖,人格上不可替代;而专家委员做判断,除了阅读材料,可能需要听取汇报、参与

[41] 中国证监会《中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法》(2009年修正),第6条。

讨论,这也需要本人临场。

2. 意见发表。参与咨询的所有专家,不管其职务,均以个人身份发表意见,并对自己的意见负责。在专家评议程序中,一般无需形成多数意见;在评审、评定程序中,必须形成多数意见。咨询评议时,多数意见可以议决,但评审、评定则必须表决。《证券法》第14条规定,国务院证券监督管理机构股票发行审核委员会以投票方式对股票发行申请进行表决,提出审核意见。北京市行政复议委员会审议行政复议案件时按一人一票进行表决,以过半数的票数通过审议事项;没有过半数通过的结果时,由案审会主持人根据表决情况确定倾向性的审议意见。^[42]

3. 表决的时机和次数。《发审委办法》规定,发审委会议对发行人的股票发行申请只进行一次审核。发审委审核发行人公开发行股票申请和可转换公司债券等中国证监会认可的其他公开发行股票申请,发审委委员发现存在尚待调查核实并影响明确判断的重大问题,应当在发审委会议前以书面方式提议暂缓表决。发审委会议首先对该股票发行申请是否需要暂缓表决进行投票,同意票数达到5票的,可以对该股票发行申请暂缓表决;同意票数未达到5票的,发审委会议按正常程序对该股票发行申请进行审核。发审委会议对发行人的股票发行申请只能暂缓表决一次。暂缓表决的发行申请再次提交发审委会议审核时,原则上仍由原发审委委员审核。但是,发审委委员在审核上市公司非公开发行股票申请和中国证监会规定的其他非公开发行股票申请时,不得提议暂缓表决。

4. 表决是否记名。《学位条例》第10条规定,学位论文答辩委员会就是否授予硕士学位或博士学位的决议,以不记名投票方式做出;学位评定委员会对学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议,也以不记名投票方式做出是否批准的决定。《发审委办法》规定,发审委会议在充分讨论的基础上,形成会议对发行人股票发行申请的审核意见,并对发行人的股票发行申请是否符合相关条件进行表决。发审委会议表决采取记名投票方式。表决票设同意票和反对票,发审委委员在投票时还应当在表决票上说明理由。

5. 能否弃权。《发审委办法》明确规定,发审委委员不得弃权。《学位条例》没有明确规定,由此引发了争议。在刘燕文诉北京大学学位评定委员会案中,北京大学学位评定委员会出席会议的委员中,有3位委员在表决中投了弃权票。原告方提出,虽然没有相关的条文规定委员可以或者不可以投弃权票,但校学位评定委员会的委员们是被遴选出来以解决学位评定这一特定问题的,他们有权力也有职责根据自己的判断表示赞成或者反对,但不应弃权;否则,就是懈怠职责。^[43]此后,一些学校明确规定,委员在学位评定中不能投弃权票。

6. 通过决议的有效票数。《学位条例》(2004年修正)第10条规定,学位论文答辩委员会授予硕士学位或博士学位的决议,应当经全体成员三分之二以上通过;学位评定委员会对学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议做出是否批准的决定,经全体成员过半数通过。刘燕文诉北京大学学位评定委员会案提出了表决有效票数的问题。该案学位评定委员会共有委员21人,实际到会16人,对刘燕文博士学位的表决结果是:7票反对,6票赞成,3票弃权。北京市海淀区法院一审判决认为,被告做出的不批准学位论文答辩委员会授予刘燕文博士学位决议的决

[42] 《北京市人民政府行政复议委员会行政复议案件审理会议事规则》,京政复议委[2007]3号,第18条。

[43] 北京市海淀区法院行政判决书,(1999)海行初字第103号。海淀法院没有明确认定委员不能投弃权票,但似乎认同这一说法。

定,未经校学位委员会全体成员过半数通过,不符合《学位条例》的规定。^[44] 相比之下,《发审委办法》较好地解决了这个问题。该《办法》明确规定,发审委会议审核发行人公开发行股票申请和可转换公司债券等中国证监会认可的其他公开发行证券申请,参加发审委会议的7名发审委委员表决投票时,同意票数达到5票为通过,同意票数未达到5票为未通过;发审委审核上市公司非公开发行股票申请和中国证监会规定的其他非公开发行证券申请,参加发审委会议的5名发审委委员,表决投票时同意票数达到3票为通过,同意票数未达到3票为未通过。

(五) 专家参与的公开性

专家意见的特点在于其专业性,其优劣得失很难评判。一般来说,公开是对专家参与的最好监督,但有时保密似乎也是必要的。所以,公开的内容和时机仍需要视具体情况而定。

1. 专家名单的公开。多数情况下,行政机关乐意公开专家名单,尤其是供临时选取或者抽取的“大名单”。但也有一些行政机关不公开专家名单,甚至对专家名单严加保密。当事人不但无法事先知道哪些专家参与其事,甚至事后都无从知道。在周如倩诉上海市人力资源和社会保障局政府信息公开案中,原告申请公开2008年度上海市卫生系列高级专业技术职务评审委员会(高评委)专家名单,被告拒绝。理由是,公开高评委名单可能引发不正之风,影响评审工作的公平、公正;还可能引发打击报复,影响评审人员的和生活和工作。上海市两级法院否定了该观点,并责令被告重做。上海市第二中级法院二审判决指出,高评委成员对于投票情况、评审意见按规定不得向任何人泄露,参评人员知晓高评委名单并不等于知晓评委的投票情况和评审意见,故公开评审名单可能引发打击报复的理由不能成立。高评委成员有几十名,每年更换,即使公开上一年度的高评委名单,下两个年度的名单仍不确定,参评人员想通过个别打招呼的方式通过评审的可能性不大,故公开评审名单可能影响后两期评审工作的理由依据不足。^[45] 专家名单事后公开,是公开的底线。

2. 会议召开的公开。专家会议是否公开举行也因事而异。《发审委办法》就规定了两种处理方式:发审委会议审核发行人公开发行股票申请和可转换公司债券等中国证监会认可的其他公开发行证券申请,中国证监会有关职能部门应当在发审委会议召开5日前,将会议通知、股票发行申请文件及中国证监会有关职能部门的初审报告送达参会发审委委员,并将发审委会议审核的发行人名单、会议时间、发行人承诺函和参会发审委委员名单在中国证监会网站上公布。而发审委审核上市公司非公开发行股票申请和中国证监会规定的其他非公开发行证券申请的,中国证监会不公布发审委会议审核的发行人名单、会议时间、发行人承诺函、参会发审委委员名单和表决结果。北京市行政复议审议案件一般不公开举行;但是,经提前报请复议委员会案审会主持人批准,可以允许有关人员列席复议委员会案审会。^[46]

3. 审议、表决情况的公开。国务院《学位条例暂行实施办法》(1981年)规定,论文答辩委员会

[44] 北京市海淀区法院行政判决书,(1999)海行初字第103号。沈岷教授指斥这是“一个既神奇又荒谬的判决”。沈岷:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第157~163页。但如果按照字面的理解,在21名委员中16名到会,10票赞成、6票反对或者弃权的情况下,是否就应当视为不批准?即使把“经全体成员过半数通过”理解为全体出席会议的成员过半数通过,21名委员中16名到会,8票赞成、8票反对或者弃权的,是否也应当理解为不批准?

[45] 上海市第二中级人民法院行政判决书,(2010)沪二中行终字第189号;上海市黄浦区人民法院行政判决书,(2010)黄行初字第31号。

[46] 《北京市人民政府行政复议委员会行政复议案件审理会议事规则》,京政复议委[2007]3号,第12条。

就是否授予硕士、博士学位做出的决议，经论文答辩委员会主席签字后，报送学位评定委员会；会议应当有记录。在实行无记名投票的情况下，各位专家的意见无从公开。在记名投票的情况下，各位专家的意见是否公开，取决于对利弊的衡量。《发审委办法》规定，发审委会议结束后，参会发审委委员应当在会议记录、审核意见、表决结果等会议资料上签名确认，同时提交工作底稿。《北京市人民政府行政复议委员会委员守则》(京政复议委[2007]4号)第8条要求严格遵守保密制度，不得泄露案件审议、表决的情况。在实践中，行政复议委员会每次参与案审会，都要签署保密声明。从落实专家责任的观点出发，在任何情况下，专家参与应当有记录，专家投票的结果应当公开。

六、结语

美国学者戴维斯在其《裁量正义》一书的前言中感慨，学术研究中常常出现有的主题过剩、有的主题匮乏的不均衡。^[47] 对中国来说，这种不均衡又往往体现在本土和移植的差异上。在过去的二十多年中，中国学者汲取了英美的程序正义理念，把当事人的参与作为行政程序制度建设的重点，很大程度上克服了“重实体、轻程序”的积弊。然而，当学界把视线聚集在当事人的参与制度，当无数的学者一窝蜂般地赶写“听证”的文章，我们忽略了中国法律实践中正在生发的制度，忽略了内部行政程序这一保障行政公正的重要机制，忽略了中国行政管理中值得珍重的本土资源。

本文描述了中国内部行政程序制度的主要内容，揭示了内部行政程序对于行政行为理性化和正当化的意义，强调内部行政程序应当成为法治政府建设的重要内容。未来的《行政程序法》应当走内外程序并举的道路，对中国的实践做出更加全面的总结和更有针对性的回应。行政机关制定规范内部程序的规范性文件应当鼓励。法院应当依法对内部行政程序的合法性进行审查，但要把握尺度，防止过分地限制行政活动的灵活性。一般来说，内部程序不直接涉及公民权利，不存在普适的正当程序要求，至少到现在为止还没有形成这样的要求。因此，除非法律、法规、规章有明确要求，法院一般不应以“正当程序原则”去审查内部程序。即使法律、法规、规章有规定，法院对于内部程序的瑕疵也应区别情况，衡量法律价值做出判断，不搞一刀切。

本文的讨论作为一个制度建设的个案，也例示行政法学研究中的中国问题意识和研究中国问题时的规范描述方法。中国的法学研究始终受到外国法的强烈影响，这种状况相信在未来还将延续。但在借鉴外国法的过程中，中国产生了自己的问题和解决问题的路径，并逐渐形成了自己的法律体系。中国学界在眺望外国的同时，更要注视自己身边正在发生的事情。这些事情不是不可能从外国经验中获得解决的启示，但我们不应任凭一些“洋概念”主宰我们的研究，而迷失自己的问题。

本文对内部行政程序的讨论仍是相当初步的，作者期待着更多、更深入的研究。特别是，每一种具体的内部行政程序制度的实际运作尚需要更加精细的观察，它的合理性也有待深入的审视。从《行政程序法》立法的角度来说，从法典框架的重新设计到具体制度的设定，也都需要更加充分的论证。

(责任编辑：李迎捷)

[47] [美]肯尼斯·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版。有趣的是，他在40年前讨论的行政裁量问题，今天在美国和中国似乎都有些过剩了。