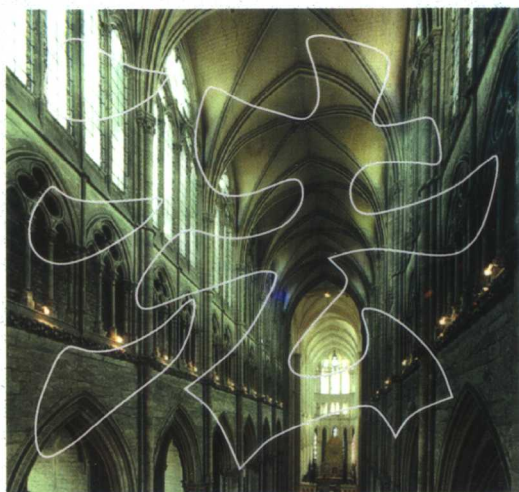


河南省高等法学教育「十五」规划教材

行政实体法与行政程序法学



主编◎沈开举

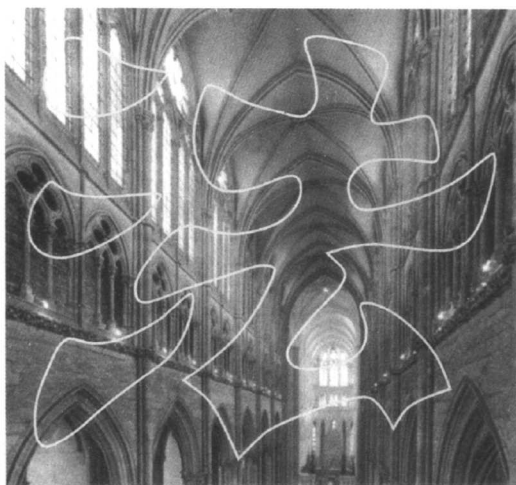


郑州大学出版社

 河南省高等法学教育“十五”规划教材

行政实体法与行政程序法学 下册

主 编◎沈开举



 郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政实体法与行政程序法学·下册/沈开举主编. —郑州:郑州大学出版社,2004.8

ISBN 7-81048-947-X

I. 行… II. 沈… III. 行政法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 079715 号

郑州大学出版社出版发行
郑州市大学路 40 号
全国新华书店经销
郑州文华印务有限公司印制
开本:710 mm × 1 010 mm
总印张:41.25
总字数:831 千字
版次:2004 年 8 月第 1 版

邮政编码:450052
发行部电话:0371-6966070

1/16

印次:2004 年 8 月第 1 次印刷

书号:ISBN 7-81048-947-X/D·56 总定价:53.80(本册定价:29.80 元)

本书如有印装质量问题,由承印厂负责调换

Law 编委会名单

总 主 编:田土城 宁金成 王明锁

执 行 主 编:石茂生

编委会委员:(按姓氏笔画排列)

于鲁原	王 盼	王长水
王肖凤	王济东	王荣献
田留轩	刘德法	孙金伟
安立民	成先平	吴 洪
吴泽勇	宋四辈	宋雅芳
张 峰	张友亮	张秀全
张豫生	李卫平	李盈福
李振江	杨 丽	杨连专
杨培景	沈开举	沈贵明
肖国兴	林五星	林玉河
苗连营	姜建初	姜振颖
祝晓玲	禹桂枝	赵建文
赵朝琴	栗克元	秦恩才
郭志祥	郭学德	梁凤荣
黄进才	焦占营	程宝山
韩明德	翟桂范	

编委会办公室主任:程昱晖

总策划:杨秦予

Law 作者名单

主 编:沈开举

副主编:王良钧

撰稿人:(按姓氏笔画排序)

王小红	王红建	王良钧
王惠玲	王鲁青	王新艳
冯 举	汪俊英	沈开举
高平均	翟秀红	魏海深

Law 内容提要

本书主要阐述了行政程序法的基本理论以及我国主要行政行为的程序,最后又论述了违法行政程序的法律后果制度。在行政程序法基本理论部分,主要分析了行政程序法的概念、立法模式、渊源、历史发展、基本原则以及基本制度等问题。在主要行政行为程序部分阐述了行政规范、行政决定、行政处罚、行政许可、行政强制、行政规划、行政征用与征收、行政课征、行政指导、行政事实行为、行政合同等行为的程序。在违反行政程序的法律后果部分,主要介绍了违反行政程序的含义、构成要件以及中西方国家违反行政程序的法律后果制度。

Law 总序

在新中国历史上,迄今大概有三次编写教材的高潮。20世纪50年代,各种教材的相继问世,标志着各学科在新中国的最初创建;80年代,各类教材的重新编写,主要因“文革”后各学科的拨乱反正;本世纪初,林林总总的新教材层出不穷,则反映了新世纪各学科不断发展完善的喜人局面。就法学教材而言,除了教育部组织编写的《全国高等学校法学专业核心课程教材》外,还有许多各具特色的行业教材和地方教材。应当说,在国家规定的《法学类核心课程教学基本要求》的规范下,各式各样法学教材的编写出版,对繁荣发展我国的法学理论和法学教育事业,具有十分重要的意义。

河南省地处中原,具有悠久的历史传统和深厚的文化积淀。法学教育虽起步较晚,但近年来已有较大发展。自1980年郑州大学建立法律系开始,河南的法学教育步入了快速发展的阶段。目前,全省已有法律本专科院系二十多个,在校学生达数万人之多。如何切实保障并尽快提高河南的法学教育水平,为我省的经济腾飞、法治建设和社会发展培养德才兼备的法律人才,是尽快实现中原崛起的重要条件,也是我们法律教育工作者义不容辞的历史重任。为此,在郑州大学法学院、河南大学法学院和河南省政法干部管理学院的倡导下,全省二十多个法律院系共同成立了河南省法学教育研究会,并于2003年7月在郑州召开了河南省法律院系领导联席会。会议集中研讨了河南法学教育发展的大计,并决定共同编写一套《河南省高等法学教育“十五”规划教材》。大家期望通过全面、系统的教材编写,进一步加强学术交流与协作,共同促进河南法学教育的发展。

为了确保教材的编写质量,编委会对作者队伍进行了认真筛选。每本教材的主编,均由具有教授职称的学科带头人担任;大多数参编作者,均具有高级职称或者博士学位。编委会还对教材的编写体例和质量标准做出了具体要求,并建立了严格的编审制度。我们希望并要求这套教材

能够具有如下特点。

一、新颖性。首先是体例的新颖性。每本教材都要在博采众家之长的基础上,力求建立独具特色、科学合理的编写体例。其次是内容的新颖性。所有教材都力求全面吸收最新的研究成果,反映最新的学术动向。

二、全面性。一是这套教材的覆盖面较广,预计有三十余种,包括了法学专业的所有核心课程和大部分选修课程。二是每本教材的具体内容都力求全面反映该课程所有应知应会的内容。在有限的篇幅内,包含尽可能多的知识点和信息量。

三、准确性。按照教材的基本特点,我们力求每本教材都必须确保知识要点的准确性。只有按照通说准确介绍了基本概念、基本观点、基本理论,让学生掌握了基本技能之后,才能进一步深入探讨理论争议和学术前沿问题。

四、适用性。我们认为,教材的体系和内容既要适于课堂讲授,又要适于各类学生的不同要求。所以,这套教材的编写特别注意到了教师授课的进度和节奏,知识要点的相互衔接。同时,我们还在一定程度上为基础较好的学生提供了较为广阔的思维空间。

我们深知,编写一套高水平、高质量的法学教材绝非易事。因为,大学教材既不同于专业领域的学术专著,更不同于普及法律的通俗读物。其既要全面系统、科学合理,又要准确无误、新颖适用,是一项看似简单其实极难的工作。但是,为了河南法学教育的发展,我们将以强烈的使命感,尽力做好这一有益的尝试。当然,理想不等于现实。尽管我们将竭尽所能,但由于水平所限,教材中总会有不尽人意之处。我们诚恳企盼国内外专家学者不吝赐教,以求我们的教材能日臻完善。

在第一批教材即将付印之时,受河南省法律院系领导联席会和教材编委会委托,勉为其难地将这套教材的编写缘由和主要特点作以简介。是为序,亦不为序。

郑州大学法学院院长:田土城教授

2004年3月

Law 前言

行政程序法作为一个独立的法律部门存在,目前在行政法学界尚存争议,绝大多数学者认为行政程序法和行政实体法是不可分割的整体。因此,在学科体系上,一般并没有把行政程序法学从传统的行政法学体系中独立出来,甚至可以说,其独立地位尚不及行政诉讼法学,至今仍和行政实体法一起,统称行政法或行政法学。

自上个世纪 90 年代以来,中国大陆行政法学界开始关注行政程序法的研究,先后有不少文章发表或著作出版,以应松年先生主编的《行政程序法立法研究》、《比较行政程序法》和《外国行政程序法汇编》三卷本的出版为标志,我国行政程序法的研究进入了一个空前繁荣的新阶段。同一时期,我国行政程序立法迅速发展,全国人民代表大会及其常务委员会先后制定了《行政处罚法》、《行政许可法》等一批重要的行政程序性法律。国务院也分别制定了《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》、《国家行政机关公文处理办法》、《法规规章备案条例》以及《全面推进依法行政实施纲要》等一大批规范行政机关立法和执法行为的行政法规。特别值得一提的是我国行政程序法典,即《中华人民共和国行政程序法》的制定工作已纳入议事日程。

随着行政程序立法的发展和学术研究的深入,作为高等学校法学校核心课程的《行政法学》教材,不仅应当在内容上充分反映行政程序法的立法成果和研究成果,也应当在体系上给行政程序法以应有的地位。

把传统行政法划分为行政实体法、行政程序法和行政诉讼法(或行政救济法)三个独立的法律部门,并相应地建立行政实体法学、行政程序法学和行政诉讼法学三个独立的法学学科,并非是标新立异,而是对传统行政法部门划分和行政法学体系分类的新发展。这一全新体系的确立不仅解决了行政法部门长期存在的实体与程序不分以及“诸法合体”的弊端,而且对建立具有中国特色的行政法学体系具有重要意义。

参加本书编写的作者及其撰写分工是：沈开举撰写导论、第一章、第十四章、第十七章；翟秀红撰写第一章；高平均撰写第二章；王小红撰写第三章、第七章；王鲁青撰写第四章；王红建撰写第五章、第十三章、第十七章、第十九章；魏海深撰写第六章；王良钧撰写第八章、第十二章；王惠玲撰写第九章、第十章、第十一章；汪俊英撰写第十五章；冯举撰写第十六章；王新艳撰写第十八章。

编者

2004年7月

1	导 论	
10	第一章 行政程序法的概念	
	第一节 行政程序法的概念	10
	第二节 行政程序法与相关法律部门的关系	14
	第三节 行政程序法的立法模式	20
33	第二章 行政程序法的法源	
	第一节 行政程序法的法源概述	33
	第二节 我国行政程序法的法源	38
46	第三章 行政程序法的历史发展	
	第一节 行政程序法的起源	46
	第二节 各国行政程序法的历史发展	49
	第三节 新中国行政程序法的历史发展	58
63	第四章 行政程序法律关系	
	第一节 行政程序法律关系概述	63
	第二节 行政程序法律关系的主体、 内容和客体	66
	第三节 行政程序法律关系的产生、 变更和终止	72
75	第五章 行政程序法的基本原则	
	第一节 行政程序法基本原则概述	75
	第二节 各国行政程序法基本原则比较	78
	第三节 中国行政程序法的基本原则	84
89	第六章 行政程序法基本制度	
	第一节 行政程序法基本制度概述	89
	第二节 行政程序法基本制度	92
115	第七章 行政规范	
	第一节 行政规范程序概述	115
	第二节 外国行政规范程序制度	116
	第三节 我国行政规范程序制度	121
138	第八章 行政决定	
	第一节 行政决定的概念及特征	138

	第二节	行政决定的表现形式与分类	142
	第三节	行政决定的程序、生效与拘束效力	146
	第四节	行政决定合法的要件	152
	第五节	行政决定与行政责任	158
161	第九章	行政处罚	
	第一节	行政处罚的概念与种类	161
	第二节	行政处罚程序的原则	163
	第三节	行政处罚的程序	165
173	第十章	行政许可	
	第一节	行政许可程序概述	173
	第二节	行政许可程序的原则	177
	第三节	行政许可的一般程序	180
	第四节	行政许可的特别程序	186
194	第十一章	行政强制	
	第一节	行政强制概述	194
	第二节	行政强制程序概述	199
	第三节	行政强制程序的内容	201
208	第十二章	行政规划	
	第一节	行政规划的概念及特点	208
	第二节	行政规划与法治主义	213
219	第十三章	行政征收与征用	
	第一节	行政征收与征用概述	219
	第二节	行政征收与征用的程序	224
233	第十四章	行政课征	
	第一节	行政课征程序概述	233
	第二节	行政课征程序的原则	237
	第三节	行政收税程序	239
	第四节	行政收费程序	248
252	第十五章	行政指导	
	第一节	行政指导的含义及作用	252
	第二节	行政指导的基本原则	257
	第三节	行政指导的种类与实施方式	260
	第四节	行政指导的法律救济	263

269	第十六章	行政合同	
	第一节	行政合同概述	270
	第二节	行政合同的种类	274
	第三节	行政合同的实施	281
	第四节	行政合同的法律救济	284
290	第十七章	行政事实行为	
	第一节	行政事实行为理论的沿革	290
	第二节	行政事实行为的定位	293
	第三节	行政事实行为的种类	301
305	第十八章	其他行政行为	
	第一节	行政给付	305
	第二节	行政确认	310
	第三节	行政奖励	316
	第四节	行政裁决	322
330	第十九章	违反行政程序的法律后果	
	第一节	违反行政程序的法律后果概述	330
	第二节	有关国家和地区违反行政程序 法律后果比较	337
	第三节	我国违反行政程序法律后果制度 的构建	341
347	关键词索引		
351	后 记		

Law 导 论

一提到行政法,好像实体与程序不分是历来如此的,而且行政法学界也基本上认为这是行政法有别于刑事、民事法律部门的一个显著特征。^①倘若如此,那么随之而来的诸多问题却是难以自圆其说的。当我们表述行政法概念的时候,我们必须弄清楚我们所说的行政法是实体意义的行政法,还是程序意义的行政法,或者是二者兼而有之;当我们表述行政法特征的时候,我们也必须弄清楚我们所理解的行政法的特点是行政实体法的特点,还是行政程序法的特点;当我们表述行政法内容的时候,我们也必须弄清楚我们所说的行政法内容是行政实体法的内容,还是行政程序法的内容,或者是二者兼而有之。诸如此类的问题,一方面反映出行政法部门内容混杂,另一方面也使行政法学的研究缺乏严谨科学的理论体系作指导。更令人不解的是,上述问题的存在是广泛的,不限于大陆法系和英美法系,我国行政法学界更是如此。

法国一向被称作行政法的母国,并被作为大陆法系的代表。但法国行政法是不分行政实体法和行政程序法的。^②法国行政法调整的范围包括行政活动的组织、行政活动的手段、行政活动的方式以及行政活动的监督和责任的全部过程在内。^③法国行政法学的研究对象则包括行政主体、行政机关的组织、行政行为、行政诉讼、公务员制度、公产和公共工程、警察行政的一般原则等。^④英国行政法尚不是一个独立的法律体系,^⑤这不仅表现在行政诉讼和民事诉讼都是由同一法院管辖、使用同样的法律原则上,也因为英国行政法学发展较晚,没有完整的体系。

① 罗豪才:《行政法学》,北京大学出版社,1996年12月版,第14页。

② 罗豪才:《行政法学》,北京大学出版社,1996年12月版,第7页。

③ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社,1988年3月版,第15页。

④ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社,1987年3月版,第266页。

⑤ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社,1987年3月版,第2页。

但从英国行政法学界所注重讨论的问题看,主要集中在行政机关的权力控制和保护公民不受行政机关侵害,以及行政程序、行政救济方面,包括委任立法、行政裁判、司法审查、行政责任、议会行政监察专员等。英国关于行政组织的问题大都放在宪法学、政治制度和地方政府等课程中讨论。^①

尽管有不少学者认为美国行政法是关于行政程序的法律,不包括行政活动的实体法在内。^②但也有不少著名学者不同意这一观点,他们认为行政法是关于公共行政的法律,不仅包括程序行政法,也包括实体行政法;不仅包括外部行政法,也包括内部行政法。例如,R. B. 斯图尔德教授认为,行政法是规定行政机关组织和权力的法律规则和原则,它也规定行政机关所使用的程序,确定行政决定的效力,划定法院和其他政府机关在和行政机关的关系中各自的作用。各个行政部门都有相应的实体法和程序法。例如,劳动法规定负责劳动关系的行政机关在处理劳动争议时所适用的实体原则和程序;环境法规定环保局和其他负责环境事务的机关在处理环境问题时所适用的程序和原则。^③

虽然美国行政法学界对实体法问题和程序法问题存在诸多争议,但一般行政法著作的内容均包括分权、权力委任、调查程序、制定法规程序、行政裁决程序、司法审查、行政赔偿责任、总统控制、国会控制以及公共行政等。在内容和先后秩序的安排上一般是从国会授权开始,经过行政程序到救济手段。^④从中不难看出,美国行政法学界虽然强调行政程序的重要性,但对行政权这一实体性问题的研究也是不可或缺的。

中国行政法制度在产生和发展过程中受大陆法系影响较大,在旧中国尤其如此。但近几年来也受到英美法系的一些影响,特别是在由普通法院管辖行政案件(台湾地区除外)以及行政程序法方面(主要是行政处罚听证程序)。^⑤而在1982年前后,受苏联影响较大,比较集中地表现在行政实体法方面,认为行政法是管理法,行政法是调整行政关系,即实体性法律规范的总称。马诺辛给行政法下的定义是:行政法作为一种概念的范畴就是管理法,更确切地说,就是国家管理法。^⑥姜明安教授所著的《行政法学》一书认为行政法是调整行政关系的法律规范的总称。^⑦

① 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社,1987年3月版,第273页。

② Kenneth C. Daris: *Administrative Law Treaties*, 1978, P1.

③ Stephen G. Breyer, Richard B. Steward: *Administrative Law and Regulatory Policy*, 1992, P3 ~ 4.

④ 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社,1995年1月版,第68页。

⑤ 我国行政处罚法规定的告知程序、保障当事人陈述、申辩权程序、听证程序都直接受到英美法系的影响。

⑥ B. M. 马诺辛:《苏维埃行政法》,群众出版社,1983年版,第29页。

⑦ 姜明安:《行政法学》,山西人民出版社,1985年版,第29页。

随着我国行政诉讼法的颁布和实施,在1990年前后出版的一批由罗豪才、应松年教授主编的行政法教材开始把行政诉讼法从原来的行政法体系中分立出来,以解决行政实体法与行政诉讼法不分的问题。^①应当说,这一时期是中国大陆行政法制和行政法学的大发展时期,也可以说是中国大陆行政法学界对行政诉讼法研究的一个鼎盛时期,它直接导致了我国第一部完整、统一的行政诉讼法典的诞生。毫无疑问,从这一部法典诞生之日起,行政实体法与行政诉讼法这一司法程序法的分立已成为不争的事实,已经像刑事、民事法律部门一样完成了实体法与司法程序法分立的历史任务,无论是在法律部门的划分还是行政法学理论体系的分类方面都是如此。随之而来的,中国大陆行政法制建设和行政法学研究的主要任务应当向行政机关行政活动的程序转移。不幸的是,随后不仅在行政程序立法方面进展不大,而且行政实体法和程序法分立方面的理论研究又出现了倒退。直到1996年,全国人民代表大会才通过了一部行政处罚法,仅仅对行政处罚程序作出了规范。在这一期间的行政法学研究上又重新把行政法定义为调整行政关系和监督行政关系的法律。^②这不仅把行政实体法和行政诉讼法从已经分立的学科体系中再混合起来,而且给行政实体法和行政程序法的继续分立设置了理论上的障碍。

二

庞大的行政法部门事实上是由三大部门组成的,即行政实体法、行政程序法和行政诉讼法或行政救济法(以下同)。^③如前所述,不管是大陆法系、英美法系,还是中国的法律体系,差别只在于学者们强调什么,而不在于这些制度是否存在于一国的法律体系之中。正如刑事法律部门是由刑事实体法和刑事诉讼法构成,民事法律部门是由民事实体法和民事诉讼法构成一样,如果说行政法部门与它们有什么不同,那就是行政法部门多了一个行政程序法。这也正是行政法部门不同于刑事、民事法律部门的一个显著特点。

作出以上的判断,在刑事、民事法学界是毋庸置疑的,尤其是在实体法与司法程序法方面更是如此。行政程序法虽然不同于行政诉讼法,但它毕竟是程序法。为何如此明确的问题在中外行政法学界迟迟得不到认同,而是以种种借口抱着老黄历不放?根源何在?

① 由于这一时期出版的行政法学与行政诉讼法教材太多,不再一一列举。

② 罗豪才:《行政法学》,中国政法大学出版社,1996年版,第9页。

③ 本套教材分为《行政实体法与行政程序法学·上册》、《行政实体法与行政程序法学·下册》和《行政救济法》三卷本,绪论中为了阐述行政法部门划分理论的需要和方便,将行政救济法表述为行政诉讼法。当然,二者并非同一概念,行政救济法不仅包括行政诉讼法,还包括行政复议法、行政赔偿法和行政补偿法的部分内容。

编者认为,大陆法系和英美法系行政法产生的独特历史背景是形成这一现象的历史根源。在法国,法律虽然没有遵守先例原则,但不表示先例不发生作用。先例对法国行政法的作用和其他法律部门不同,在其他法律中,先例只起次要作用,而在行政法中先例起着主要作用。这是因为法国行政法院一方面不适用民法和其他私法的规定,行政法官经常遇到无法可依的情况,不得不在判决中决定案件所依据的原则,从而使行政法的重要原则几乎全部由行政法院的判例产生。一位法国行政法学家曾经用比较生动形象的语言形容说,如果我们设想立法者大笔一挥,取消全部民法条文,法国将无民法存在;如果他们取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但是如果他们取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在。^①这说明法国行政法的重要原则不是主要存在于成文法之中,而是存在于判例之中。法国行政法的这一特点表明,法国行政法的产生和发展与其行政法院具有密不可分的联系。可以说,法国行政法是伴随着行政法院的产生发展而逐步发展起来的,没有行政法院,就没有今天的法国行政法,其法律原则本来就是由行政法院的法官们在行政诉讼中创立的,判例法色彩浓厚。而采行判例法的国家或地区往往并不重视实体法与程序法的划分及分类研究。

同样,英美作为判例法国家,实体法与程序法的联系本来就十分密切,而且行政法在其普通法体系中不是一个独立的法律部门,行政诉讼大多适用民事诉讼程序。在行政法学研究方面,英国人对行政法是否存在一直存有争议。^②美国人则更侧重于研究行政程序法,而对行政实体法一向不重视。^③特别值得注意的是英美法系的学者一向不重视分类研究,其实体法与程序法的划分自然会受到影响。美国行政法学者 F. G. 古德诺在 1893 年出版的《比较行政法》一书中指出,英美没有行政法的概念,不是因为这种法律在英美不存在,而是因为英美学者一向不注意法律分类的缘故。^④事实上,英美不仅存在行政实体法和行政诉讼法,更存在行政程序法。由于学术界在研究上的习惯和传统,法律分类的研究至少是不发达的,从而形成了行政法实体与程序合体的状态。

行政法在大陆法系和英美法系均表现出实体和程序不分的状态,并不表明其他国家和地区的行政法制度与研究体系也必然如此。但遗憾的是经济发达国家的制度和学说历来都受到更大的重视和被奉为经典。况且大陆法系和英美法系的制度和学说至今仍在全世界有着广泛的影响,他们的特色就是世界的特色,他们不分我们也不能分,他们的做法就是法律,而不管这种特色的历史背景和优缺点。这也

① 弗德尔:《行政法》,1984 年法文版,第 10 页。转引自王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社,1989 年版,第 19~20 页。

② 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社,1987 年 3 月版,第 9 页。

③ 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社,1995 年 1 月版,第 39~40 页。

④ F. G. 古德诺:《比较行政法》,1893 年英文版,第 6~7 页。