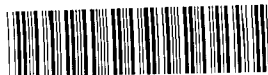


行政程序法学原理

章剑生 著

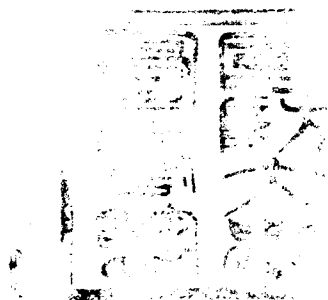
中国政法大学出版社



国防大学 2 060 2802 9

行政程序法学原理

章剑生 著



中国政法大学出版社

(京)新登字185号

行政程序法学原理

章剑生 著

中国政法大学出版社出版
北京昌平东旭印刷厂印刷
新华书店 经销

787×1092 32开本10.375印张 220千字

1994年2月第1版1994年2月第1次印刷

ISBN7—5620—1183—4/D·1135

印数：3500 定价：7.20元

自序

在我过去十多年的法学生涯中，无论是在法学教学还是律师实务中，法律程序始终是我关注的法基本理论问题之一。在华东政法学院学习时，黎培镠先生讲授的刑事诉讼法学令我对法律程序产生了浓厚的兴趣。但我发现，我国有关法律程序的理论基础是相当浅薄的。在法学基础理论课程中，根本没有涉及到法律程序的问题，而这种局面至今尚未有所改观。由此我产生了这样一些想法：法律程序是什么？在法治社会中法律程序的价值应当是什么？为什么中国法学理论与实践重实体轻程序的倾向如此明显？……。这些想法后来经过毕业实习后，更加强烈地促使我去思考法律程序这个理论问题。当时我对司法实践中所表现出的对法律程序的轻视以及法律对程序规定的缺陷感到非常惊讶和不安，尤其是对作为法律程序之灵魂的证据运用规则的不重视，促使我不得不将全部精力转移到对法律程序的理论研究上来。于是，在黎培镠先生的指导下，我完成了我的学士学位论文——《论共同被告人的口供在刑事诉讼中的证据价值》。该论文后发表于1988年第2期的《法学与实践》上。

大学毕业后我被分配到浙江省政法专科学校任教，讲授宪法学和行政法学。虽然我没有机会直接讲授有关诉讼程序的法律学科，但我很快发现，无论是宪法学还是行政法学，都仅仅只论述一些实体法的内容，而对有关法律程序方面的理论研究却颇不重视，如宪法诉讼程序和宪法程序，行政诉

讼程序和行政程序。这里不能不指出的是，我国最权威的法学著作《中国大百科全书·法学》也将“程序法”等同于“诉讼法”，从而否定了“行政程序”和“宪法程序”的存在。我认为，将“程序法”等同于“诉讼法”不仅是不科学的，而且也是行政程序法学发展的主要障碍。因为在国外，无论是否业已颁布行政程序法典，行政程序法的理论和实践始终是行政法学关注的一个重要问题。

如果我们选择了以法治作为法制建设的价值取向，那么在法学体系中行政程序法学总会获得它应有的地位。1986年全国人大常委会公布了新的《治安管理处罚条例》，在该条例中，法律为公安机关行使行政处罚权设定了较完整的法律程序。1987年国务院发布了《行政法规制定程序暂行条例》首次将行政法规制定程序法律化。这些立法事件标志着国家已开始关注行政程序。当时我隐约感到，法律程序无论在理论上还是在司法实践中都将是未来法学中引人注目的新领域。于是，我决定将全部精力投入到有关法律程序的研究中。

1988年9月，我考入杭州大学法律系攻读硕士学位，这使我有更多的时间和更好的条件来研究我所感兴趣的问题。1989年4月，我国行政诉讼法的颁布标志着我国行政法治进入了一个崭新的时期。行政诉讼法第54条明确提出了行政行为必须遵循法定程序的要求，从而促使行政法学界投入更多的精力去研究行政程序的理论问题。但是，行政程序法学作为行政法学的一个重要组成部分至今仍然没有确立它应有的地位。在目前绝大部分行政法学专著中，“行政程序”仅仅被做为其中的一个章节，论述行政程序的专著和论文也是寥若晨星。在实践中，行政主体违反法定程序而受到法院责难

的情形并不多见。而在国外，一些国家如美国、奥地利、西班牙等都颁布了统一的行政程序法典，法国、英国等则以判例或单行法律确立有关行政程序的内容。在美国，伯纳德·施瓦茨先生在其《行政法》中提出的行政法就是行政程序法的观点具有相当大的影响力。面对如此现实，我认为，我们必须重视行政程序法学理论的研究。

着手撰写这部专著是从我研究生毕业留系任教开始的。最初的念头是写一篇比较全面论述行政程序的论文，但我很快发现这种尝试是相当困难的，因为行政程序的内涵远不是一篇万把字左右的论文所能阐释的。于是我决定写一部20万字左右的专著，全面论述行政程序法的基本理论问题。必须提及的是，现任杭州大学法律系主任胡建森教授始终关注着我这项工作的进程，并向我提供了大量的资料及学术上的指点。在本书的写作过程中，我始终以“通过法律条文，超越法律条文”作为本书的写作指导思想，以充分挖掘现存各国行政程序法和我国现行有关行政程序法律、法规和规章中的程序内涵，试图建立一个适合我国国情的行政程序法学的理论框架，并为我国将来制定统一行政程序法提供某些理论支撑点。

本书共分十二章。第一、二章分别论述了有关行政程序法最基本的概念、原则和原理。第三章较详细地论述了大陆、英美法系及我国行政程序法的过去、现在和将来。第四、五章分别论述了行政程序法的“基本原则”和“基本制度”，并对我国采纳其中若干原则和制度作了可行性分析。第六、七、八章分别对行政主体的设置、变更程序，行政程序法的主管、管理和适用范围，以及行政程序的证据等具有较强技术性问题作了论述。第九章对行政程序的违法与不当，结合我国行政诉讼的特点作了较深入的论述，对目前在

行政诉讼中有关行政程序违法与不当认定和处理上的困惑提出自己的观点。第十、十一、十二章根据有关行政程序法理论和中国实践，对我国行政立法、执法、司法程序作了分别论述，并提出了完善行政程序的新思路。

对于具有法律实用主义传统的中国来说，接受“行政程序”的法律观念并非易事，但“行政法治”的法制建设价值取向决定了行政行为必须走向程序化。行政诉讼法的实施向行政行为提出了程序合法的要求。因此，研究行政程序法具有相当重要的现实意义和理论价值，它不仅可以完善我国的行政法学体系，指导行政实践，而且可以催生中国的“行政程序法”早日诞生。

在本书写作过程中所经历的种种困难已在时间的流逝中渐渐淡忘，但我却不能忘却美国大法官F·福兰克弗特的这句至理名言：

“自由的历史基本上是奉行程序保障的历史”。

章剑生

1993年冬识于杭州·青苑

序 言

行政程序业已成为世界各国行政法学研究中的永恒主题。这与行政程序在行政法中的地位以及人们对这种地位的认识程度相关。当然，现实中既没有程序以外的实体，也不存在无实体内容的程序——程序与实体的这种不可分割性很难使我们主张“程序高于实体”或“实体高于程序”。但我现在已越来越认识到，只有通过程序的公正才能保证实体的公正，而不是相反。一位同仁给我讲过一个故事：一位母亲买来一只蛋糕让老大和老二分享。但老大和老二为使自己能得到更多的份额而争着分蛋糕，并闹得不可开交。母亲为此出了个主意：请老大负责切割蛋糕，请老二优先选择蛋糕，结果矛盾就解决了。我们知道，这位母亲虽然做不到把蛋糕分成绝对相等的两份，但由于她确立了一项公正的程序规则——分蛋糕者后选蛋糕，从而使老大和老二能接受据此所分得的蛋糕份额。

行政法没有法典，也不会有法典，这似乎是一个勿庸置疑的定律。但我们在行政程序法的研究上“投资”几年时间后，或许会感到有必要修正上述定律。行政法不是没有法典，只是没有行政程序法典以外的法典。世界上已有不少国家完成了这项工作，如美国于1946年制定了《联邦行政程序法》，西班牙于1958年制定了《行政程序法》，前联邦德国于1976年制定了《行政手续法》等，在中国，制定行政程序法也不再是个可望而不可及的目标了。

在中国的法学研究中，行政法学研究起步较晚；在行政法学研究中，行政程序法又是一个相对陌生的课题。章剑生系杭州大学法律系青年教师，多年从事行政法学研究，已编撰著作多部，公开发表论文几十篇。《行政程序法学原理》是他独立完成的一部难得的法学力作。

《行政程序法学原理》一书，结构设计合理，内容全面；既论述现行有关的行政程序制度，又探讨了制度背后的法理原理。我们固然不能说这是一本完美的书，但它无疑会推动和加深我国的行政程序法学研究。

胡建淼

1993年11月15日于杭州

目 录

序言.....	(1)
自序.....	(1)
第一章 行政程序导论.....	(1)
一、行政程序.....	(1)
1—1—1·概念界定.....	(1)
1—1—2·法律特征.....	(2)
1—1—3·基本功能.....	(4)
二、行政程序和行政权.....	(7)
1—2—1·历史溯源.....	(7)
1—2—2·基本原理.....	(10)
1—2—3·法律意义.....	(14)
三、行政程序的分类.....	(15)
1—3—1·强制性程序和任意性程序.....	(16)
1—3—2·主要程序和次要程序.....	(18)
1—3—3·内部程序和外部程序.....	(20)
1—3—4·具体程序和抽象程序.....	(22)
四、行政程序的相关区别.....	(24)
1—4—1·立法程序.....	(25)
1—4—2·司法程序.....	(26)
第二章 行政程序法.....	(28)
一、行政程序法的概念.....	(28)
2—1—1·国外理论.....	(28)

2—1—2·国内学说·····	(33)
2—1—3·概念界定·····	(35)
二、行政程序法的基本模式·····	(38)
2—2—1·立法现状·····	(38)
2—2—2·基本走向·····	(40)
三、行政程序法的基本功能·····	(42)
2—3—1·功能模式·····	(42)
2—3—2·模式选定·····	(44)
四、行政程序法律关系·····	(47)
2—4—1·行政程序法律关系概述·····	(47)
2—4—2·行政程序法律关系的构成·····	(48)
2—4—3·行政程序法律关系的发生、变更和 消灭·····	(57)
五、行政程序法的相邻关系·····	(59)
2—5—1·行政法·····	(59)
2—5—2·行政诉讼法·····	(61)
第三章 行政程序法的社会变迁 ·····	(63)
一、大陆法系·····	(63)
3—1—1·基本概况·····	(63)
3—1—2·奥地利·····	(63)
3—1—3·德国·····	(67)
3—1—4·西班牙·····	(70)
3—1—5·意大利·····	(72)
3—1—6·法国·····	(75)
二、英美法系·····	(78)
3—2—1·基本概况·····	(78)
3—2—2·美国·····	(78)

3—2—3.日本·····	(84)
3—2—4.英国·····	(88)
三、新中国·····	(90)
3—3—1.基本概况·····	(90)
3—3—2.问题与趋势·····	(93)
第四章 行政程序法的基本原则 ·····	(95)
一、行政程序法的基本原则概述·····	(95)
4—1—1.概念设定·····	(95)
4—1—2.划定标准·····	(98)
二、行政程序法的基本原则分述·····	(101)
4—2—1.合法原则·····	(101)
4—2—2.合理原则·····	(104)
4—2—3.公开原则·····	(108)
4—2—4.参与原则·····	(112)
4—2—5.顺序原则·····	(115)
4—2—6.效率原则·····	(116)
第五章 行政程序法的基本制度 ·····	(119)
一、行政程序法的基本制度概述·····	(119)
5—1—1.概念和特征·····	(119)
5—1—2.法律价值·····	(120)
二、听证制度·····	(121)
5—2—1.听证概念·····	(121)
5—2—2.听证制度的内容·····	(122)
5—2—3.听证制度的法律价值·····	(125)
三、教示制度·····	(127)
5—3—1.教示概念·····	(127)
5—3—2.教示制度的内容·····	(127)

5—3—3·教示制度的法律价值·····	(130)
四、辩论制度·····	(131)
5—4—1·辩论概念·····	(131)
5—4—2·辩论制度的内容·····	(131)
5—4—3·辩论制度的法律价值·····	(134)
五、代理制度·····	(135)
5—5—1·代理概念·····	(135)
5—5—2·代理制度的内容·····	(136)
5—5—3·代理制度的法律价值·····	(138)
六、回避制度·····	(139)
5—6—1·回避概念·····	(139)
5—6—2·回避制度的内容·····	(140)
5—6—3·回避制度的法律价值·····	(142)
七、时效制度·····	(142)
5—7—1·时效概念·····	(142)
5—7—2·时效制度的内容·····	(143)
5—7—3·时效制度的法律价值·····	(146)
第六章 行政主体设置和变更程序·····	(148)
一、行政主体·····	(148)
6—1—1·内涵和外延·····	(148)
6—1—2·法律地位·····	(151)
二、行政主体设置和变更程序·····	(152)
6—2—1·基本原则·····	(152)
6—2—2·有效条件·····	(160)
6—2—3·基本程序·····	(162)
第七章 行政程序的主管、管辖和适用范围·····	(167)
一、主管·····	(167)

7—1—1·主管概念.....	(167)
7—1—2·确定主管原则.....	(168)
7—1—3·主管内容.....	(170)
二、管辖.....	(173)
7—2—1·管辖概念.....	(173)
7—2—2·确定管辖原则.....	(175)
7—2—3·管辖内容.....	(177)
7—2—4·管辖权冲突及其解决程序.....	(180)
三、适用范围.....	(183)
7—3—1·适用范围概述.....	(183)
7—3—2·适用范围的内容.....	(183)
第八章 行政程序法的证据	(186)
一、证据概述.....	(186)
8—1—1·证据.....	(186)
8—1—2·证据的法律价值.....	(188)
二、收集证据.....	(189)
8—2—1·收集证据的原则.....	(189)
8—2—2·收集证据的程序.....	(192)
三、运用证据.....	(195)
8—3—1·运用证据的规则.....	(195)
8—3—2·运用证据的方法.....	(196)
四、举证责任.....	(198)
8—4—1·举证责任的理论基础.....	(198)
8—4—2·举证责任的分配.....	(199)
第九章 行政程序的违法与不当	(200)
一、行政程序的违法.....	(200)
9—1—1·认定标准.....	(200)

9—1—2·司法审查重心：合法性·····	(203)
9—1—3·法律后果分析·····	(205)
二、行政程序的不当·····	(207)
9—2—1·认定标准·····	(207)
9—2—2·司法审查重心：合理性·····	(208)
9—2—3·法律后果分析·····	(209)
第十章 行政立法程序 ·····	(212)
一、行政立法程序概述·····	(212)
10—1—1·行政立法·····	(212)
10—1—2·行政立法程序·····	(216)
10—1—3·行政立法程序的法律价值取向： 民主·····	(220)
二、行政立法程序基本内容·····	(222)
10—2—1·基本原则·····	(222)
10—2—2·规划·····	(223)
10—2—3·起草·····	(227)
10—2—4·通告·····	(231)
10—2—5·听证·····	(233)
10—2—6·咨询和协商·····	(238)
10—2—7·审议和决定·····	(240)
10—2—8·公布·····	(241)
10—2—9·生效·····	(243)
10—2—10·备案·····	(244)
第十一章 行政执法程序 ·····	(246)
一、行政执法程序概述·····	(246)
11—1—1·行政执法·····	(246)
11—1—2·行政执法程序·····	(248)

11—1—3·行政执法程序的法律价值取向:	
秩序.....	(250)
二、行政处罚程序.....	(251)
11—2—1·定义.....	(251)
11—2—2·基本原则.....	(252)
11—2—3·普通程序.....	(254)
11—2—4·简易程序.....	(263)
三、行政许可程序.....	(264)
11—3—1·定义.....	(264)
11—3—2·基本原则.....	(265)
11—3—3·基本程序.....	(266)
四、行政强制程序.....	(272)
11—4—1·定义.....	(272)
11—4—2·基本原则.....	(273)
11—4—3·基本程序.....	(275)
第十二章 行政司法程序	(278)
一、行政司法程序概述.....	(278)
12—1—1·行政司法.....	(278)
12—1—2·行政司法程序.....	(281)
12—1—3·行政司法程序的法律价值取向:	
公平.....	(282)
二、行政复议程序.....	(283)
12—2—1·定义.....	(283)
12—2—2·基本原则.....	(286)
12—2—3·基本程序.....	(290)
三、行政仲裁程序.....	(302)
12—3—1·定义.....	(302)

12—3—2·基本原则·····	(303)
12—3—3·基本程序·····	(304)
主要参考资料目录·····	(308)