

行政程序法 理念与制度研究

王锡锌 著



中国民主法制出版社

D922.104/19

2007

行政程序法 理念与制度研究

王锡铎 著



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政程序法理念与制度研究/王锡锌著. —北京: 中国民主法制出版社, 2007. 2

ISBN 978-7-80219-192-1

I. 行... II. 王... III. 行政程序-程序法-研究-中国
IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 017892 号

书名/行政程序法理念与制度研究

XINGZHENGCHENGXUFALINIANIANYUZHIDUYANJIU

作者/王锡锌 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/63292534 63057714 (发行部) 63292519 (人大室)

传真/63056975 63055259

<http://www.npc.gov.cn>

E-mail: mzfz@263.net

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米 × 1092 毫米

印张/28.375 字数/380 千字

版本/2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷

印刷/唐山新苑印务有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-192-1/D · 1078

定价/35.00 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

——认真看待行政程序

行政程序法律制度建设,是现代法治政府建设的一个重要组成部分。在现代国家中,政府拥有广泛的对经济和社会进行管制的职权,负有多种多样的公共管理和公共服务职责。从法治政府的要求看,行政职权的行使和公共服务职能的实现,既要考虑如何实现公共行政的目标,也要符合行政法治原则的要求;既要高效便民,又要公平规范;既要体现对公共利益和整体利益的追求,又要保障行政过程中个体的合法权益。现代行政明确的目的性、权利时代的主体意识,这些对依法行政提出了更高的要求。依法行政,不仅要求行政活动实体合法,而且也要求行政活动程序合法、公正;公共行政过程应着力兼顾公益私益,还要关注公共服务均衡化。正因为如此,近年来的我国法律改革和政府职能转换,都将“公开、公平、公正”的行政程序制度建设,作为我国民主法制建设的一个重要目标。

从行政法制的变迁及其发展趋势来看,行政程序法的兴起,与行政权的扩展以及行政职能的复杂化、多样化存在密切的联系。在消极行政时代,政府职能主要限于国防、外交、税收、警察等有限的领域。但是,19世纪末以来,西方国家政府的职权开始大幅度增加,积极行政开始出现并不断发展。行政机关实体职权的扩展,是对现代社会复杂性的体制性应对。而对这种扩展是理性的或是非理性的,是良性的还是恶性的,人们总是予以高度关注。行政程序法的兴起,正是对行政机关实体权力扩展的一种制度上的回应,是对扩张了的行政权进行有效

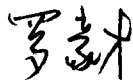
规范和控制的需要。行政程序已经成为现代行政法中一个核心内容。通过行政程序对行政权行使进行规范,保障相对方合法权益、为公众参与提供平台、促进政府和公众之间良性互动、提升行政效率,已成为当代行政法和公共行政共同关注的问题。

改革开放以来,随着我国政府职能转换和民主法制建设的不断深入,行政程序法律制度受到了越来越多的重视,行政程序制度建设也有了明显的进步。一些重要行政活动都已经有了相对健全的程序。例如,行政立法、行政处罚、行政许可等行为的程序,都已经有了了一定程度的制度化、法制化。但是,也应当认识到,行政程序法律制度仍不够完善,行政程序比较零散,欠缺系统化,程序观念还比较淡薄。特别是,受我国传统法律文化中“重实体、轻程序”的观念影响,行政程序的重要作用还没有得到充分认识,程序公平和程序合法性意识还有待增强,行政程序法律制度建设还有待进一步改革和完善。

在行政程序问题的理论研究和制度建设中,我们应当强调程序的作用,但是也应当意识到,程序并不是一切。要重视程序,但我们不是、也不应是程序主义者,不能将程序的作用推向极端。行政程序制度建设既要强调程序价值和意义,又要考虑程序与实体之间的内在关系;既要关注公平,也要关注效率。法律程序如果过于形式化、过于繁琐,就会适得其反。因此,在法治政府建设中,既要对行政程序制度建设给予高度重视,但同时也要避免程序的形式主义和官僚主义。

锡铎同志撰写的这本《行政程序法理念与制度研究》,从法治政府与法律程序之间的关系入手,对程序正义的基本观念和要素、程序价值、程序性权利等行政程序理论问题进行了比较系统的介绍和探讨,有新的资料 and 新的思路。在这一理论探讨的基础上,作者通过比较、借鉴行政程序制度相对发达国家的经验,对我国行政决定程序和行政立法程序进行了深入分析,既总结经验,又指出不足并提出了一系列建议。这些建议无论在理论上还是在实践上都很有价值,值得重视。锡铎在北大攻读博士期间,就开始对行政程序问题给予关注,发表过有关

这方面的研究论文。在国外留学访问和考察期间,锡铎对行政程序问题作了很多比较研究和观察。过去几年中,他一直参与了我国《行政程序法》(专家建议稿)的立法研究和起草工作,对我国行政程序立法的实际问题比较了解,对国情的认识比较客观。我相信,本书的出版,有益于行政法学界对行政程序理论问题的进一步讨论和研究,也有益于对我国行政程序制度改革中相关问题的进一步思考。



2007年1月15日

前 言

今天,如果我们仔细聆听任何有关中国政治、经济或社会问题的对话与讨论,我们都会注意到,“法治”、“法治国家”等词语正愈来愈成为我们所置身的社会的关键词。当我们聆听这社会呼唤“法治国”的滚滚雷声之际,我们也渴望那久久期待的甘霖。就像雷声不能够解渴一样,流于形式的法制口号即便响彻云霄、波及万韧,也不能滋润制度的生长。因此,一个显而易见的道理是,法治不仅仅是“政府守法”的理念,不仅仅是“依法治国”的口号。法治必须具体化、制度化。令人欣慰的是,这个常识正不断成为我们社会中思考的共识、行动的指南。在很大意义上,正是对于法治的“具体化”和“制度化”的诉求,使我们发现,那在传统中国法文化中一直被冷落、被漠视的法律程序,或许正是构建法治国大厦的栋梁。

于是,就好像能使经济走出衰退的所谓“新的经济增长点”一样,“程序正义”也以一副救世主的面目闯入中国法律界。作为对过分注重结果公正的矫正,程序正义强调达到结果之过程本身的正当性、合法性的独立价值。程序正义理念在法学诸领域得到了广泛的呼应。近年来,法学界对程序正义问题所进行的研究,已经极大地拓展了法律理论和行动视野,也丰富了我们对于法治国家建设的想象力。从某种意义上讲,对程序正义问题的研究和对程序理念的张扬,是一种法律文化的启蒙。在走向法治国的旅程中,这样一种文化启蒙不仅是必要的,而且也是及时的。因为,程序正义或公平,本质上是一个文化问题而不

仅仅是法律问题。程序公平的要素,不是、也不应当是法律共同体所垄断的知识,而应是在文化背景中为社会成员所分享的常识性的知识。事实上,如果离开了文化系统的背景支撑,就很难理解“自然正义原则”和“正当法律程序”的价值和意义。

法治建设过程中对待法律程序价值、功能认知上的变革,反映了社会对法律系统的一种新的功能期待,即,由宣示性的、符号化的规则系统,转向实践性的、生活化的行动系统。不论是对政府权力的规范与制约,还是对个体权利的保障与救济,法律系统都应当超越宣示性的规则表达,成为生活和行动的实践。从这个意义上看,法律程序的研究不仅需要关注理念和文化,而且特别需要关注程序的制度和机制。因为,尽管理念可以给我们激动人心的力量,但其承诺的目标和功能的实现,依然需要制度和机制来落实。程序制度和机制的安排,当然需要以程序正义的理念为指导,但又必须秉持面向问题、关注实际的现实主义态度。于是我们会发现,在理念和问题之间,有时会存在紧张甚至冲突,这种冲突以多种面相和维度展现在法律程序实践的过程中,比如,程序与实体、公平与效率、权利与权力等。面对这些问题,我们需要一种务实的、但又蕴含理想主义精神气质的立场,去理解、面对和协调程序理想与现实之间可能存在的紧张关系。

二

通常所说的法律程序,包括选举程序、立法程序、司法程序和行政程序。在这些法律程序中,行政程序是现代法治国框架的一个最为重要的组成部分。现代国家从功能意义上来看,都是“行政国”。行政部门拥有广泛的对经济和社会活动进行管制的职权,负有多种多样的公共服务职责。这些无所不在的行政权,对于我们所身处的社会以及社会中的我们而言,都是双刃利剑。因此,行政法始终必须面对的一个问题是:如何在承认政府拥有广泛行政权现实必要性的同时,通过合法性

控制框架对这些权力进行有效的规范和制约,以保障个体的自由和权利?

行政程序法律制度的兴起和发展,是对这一问题的制度性的回应。从19世纪末期到20世纪30年代,行政程序在欧洲和美国开始兴起并得到迅速发展,而这与“积极行政”的兴起和行政职能扩展在时间上恰好是吻合的。在这一现象背后,反映出的是一个基本的制度变迁,那就是:如果行政部门拥有广泛实体性权力是一个不可改变的事实,那么,引入对实体权力的程序控制,就是一个必然的选择。通过公开、公正、公平的行政程序制度,将行政过程纳入民主化、理性化的轨道,是现代行政法的一个重要使命,也是现代行政法治的一个重要特征。

行政程序法是导引行政过程的原则与规则系统。因此,行政程序法的制度安排,需要考虑行政过程的基本问题。与传统行政所具有的“执行”(executive)职能不同,现代行政已经超越了对立法指令的执行和落实职能,具有明显的“管理”(administrative)职能。“积极行政”和广泛的自由裁量权的事实,都意味着,现代行政过程中涉及到多种利益的竞争甚至冲突,而行政机关需要根据特定的行政目标,而对多种利益进行权衡、协调。现代行政的目标和权利时代的主体性意识,对行政程序制度安排提出了一系列要求。这也使得行政程序的原理和制度建设,与司法程序存在很多不同。在行政过程的许多领域,简单的“程序司法化”并不能解决行政过程所面临的问题。

从行政过程的角度看,行政程序可以被理解为不同的利益主体之间,以及他们与行政主体之间进行交涉、对话和做出选择的制度环境。因此,不同的行政程序制度安排,所反映出的是行政过程不同的价值取向、不同的“权力——权利”关系结构。我们观察到,在不同的时空之中,在不同行政过程之中,存在着行政程序价值取向和主体关系结构的差异性。是以,行政程序的理论研究和制度设计,既要考虑程序正义观念的要求,体现基本的程序公平;又要充分考虑不同情境中行政过程的特征和需求。

三

近年来,随着我国行政法制改革的不断推进,行政程序法律制度的重要性日益明显。行政法学界对行政程序法理论与实践问题的研究也给予了相当的关注。围绕行政程序法而展开的研究、讨论与对话产生了一大批不论是在数量上还是在质量上都引人注目的研究成果。但是客观地说,已有的研究成果也使我们更为清楚地看到一系列对行政程序立法和操作来说不可回避的、需要面对的问题:(1)行政程序与实体目标的关系如何?行政程序是否应当具有独立的价值?如果有,程序的独立价值有哪些?(2)如果法律必然涉及到权利义务,那么行政程序立法必须明确程序活动过程中的权利义务。当事人在行政程序活动中应当具有哪些权利?这些权利义务应当如何配置?(3)设定行政程序基本原则和主要制度的依据或基本原理是什么?程序制度创新的合理性如何得到证明?(4)是否存在着衡量某个行政程序正当性、合理性的最低标准?如果有,是哪些标准?等等。如果不对这些问题进行深入探讨,那么关于行政程序原则之设定、制度之架构、程序之运行等问题的立论,可能就会给人一种“知其然,而不知其所以然”的感觉。因为我们可能会因此而缺乏用以评价、批判、反思与建设行政程序制度的推理框架和价值取向,对行政程序问题的讨论也有流于“口号化”的危险。从这个意义上讲,本书从程序正义理念、程序价值、程序性权利以及程序正义这一理论视角对法治国家中的行政程序进行研究,以期为我国行政程序法律制度完善提供某些思路,不仅是必要的,而且也是适宜的。

本书的目的在于,通过对程序正义之要求的研究,提出一个可以作为判断、评价、架构正当行政程序的价值参照框架。因此,对程序正义理念的研究,在本书中处于基础性地位。本书上篇“程序正义的理论视角”,试图从法治系统的视角,对法治与程序的关系、程序价值、程序权利、以及程序正义基本要素展开介绍和探讨。下篇“正当程序的制度架构”,则尝试以上篇的讨论为基础,结合我国行政程序法律制度的现

状和问题,对正当程序基本要求、行政决定程序、行政立法程序的原则和制度展开分析。

遵循以上思路,在本书中,笔者所运用的研究方法主要是描述性的而非规范性的,是归纳性的而非演绎性的。所谓“描述性”,是指本文对有关程序基本理论问题的讨论,不是以一种“应然的”态度设定规范,而是通过对现代法治国家中程序立法和实践的描述进行分析。这是因为,如果将程序的价值、权利、正义等问题以一种“应然的”态度或“规范”方法而进行讨论,很可能会陷入伦理学和道德哲学层面的纯粹思辨。所谓“归纳性”方法,是指本文对有关命题与观点的论证,并非仅仅通过诸命题之间的逻辑关系而进行推理,而是试图通过对行政程序进行过程中的特定“程序语境”(procedural context)的具体分析而展开的。上述方法的优点是可以使对程序问题的一般性探讨与行政过程的具体情况联系起来,从而使讨论更具有针对性,但是也可能导致研究结论在逻辑严密程度和普适性方面的瑕疵。

四

我对行政程序问题的兴趣和思考,始于我进入北大法学院学习阶段。1994年,我进入北大法学院学习宪法行政法,在罗豪才教授指导下先后攻读硕士和博士学位。罗豪才教授对理论问题的开阔视野和对现实制度的敏锐观察,开启了我对行政程序这一承载着丰富理念和现实要素的主题进行思考的兴趣。在攻读博士学位期间,罗老师鼓励我将行政程序问题作为博士论文选题,继续进行研究。1998—1999年,我受邀赴美国哥伦比亚大学法学院进行访问研究。在那里,爱德华(Randall Edwards)教授和斯特劳斯教授(Peter Strauss)为我对行政程序的比较研究提供了许多帮助和指导。1999年7月,我获得博士学位后加入北大法学院任教。在随后的教学和工作中,北大法学院的同仁对我的研究提供了很多的帮助,给予我很多智识上的挑战,使我对该

领域的许多问题有了新的认识。2001年开始,受应松年教授邀请,我有幸参与“中国行政立法研究组”承担的《行政程序法》(专家建议稿)的研究起草工作。这一起草工作持续了差不多五年时间,其间我参与了大量的研讨会议和国内、国外考察活动。应松年老师和起草小组同仁对行政程序理论、制度及其问题的深刻理解,令我受益良多。在这里,我愿借本书出版之机,向给予我无私帮助的老师、同仁以及我的家人,向为本书出版付出艰巨而细致工作的责任编辑,向秉持开放、包容精神的北大法学院,表示发自内心的深深感谢!

有这么多老师的指导,有这么多同仁的帮助,我没有借口再去为本书必定还存在的谬误和差错寻找理由。我对书中存在的所有谬误和差错愿承担全部文责,并向给予我指导与帮助的老师 and 同仁表达深深的歉意。我深知,所要面对的问题博大精深,而自己才疏学浅;是以,我只是将本书的写作视为一种参与、一种陈述、一种呼吁、一种辩解以及相应的说明理由的努力。

王锡锌

2007年1月于燕园

Contents

目 录

序	◎1
前言	◎1

上篇 程序正义的理论视角

第一章 法治、法律程序与治理	◎3
一、法治的理念、形态与法律程序	◎3
1. 法治的基本理念：一个规范主义的视角	◎4
2. 作为最大公约数的法治理念：法律之下的政府	◎6
3. “法律的统治”和“人的统治”：严格规则主义法治及其问题	◎7
4. 法治中“制度——人”之间的关系：对严格法治主义的批评	◎9
5. 法治的形态及其三个层面	◎12
6. 小结：法治的理念、形态与法律程序	◎14
二、法治的实现过程与程序	◎15
1. 法治的实现过程	◎15
2. 法治实现过程的程序特征	◎23
3. 法治的实体与程序：法律程序的特征	◎30
4. 法治的实现过程与法治的程序化	◎38
三、现代法治国家与行政程序	◎40

1. 现代法治国家中的行政权	◎40
2. 现代法治国家与行政程序	◎43
四、法律程序与当代中国的法治国家战略	◎51
1. 现代法治国家战略中程序问题的提出	◎51
2. 中国的社会转型：一个结构变迁和 话语变迁的观察视角	◎53
3. 社会转型背景下法治建设的两难	◎56
4. 作为法治建设切入点的法律程序	◎61
5. 法治国家中的程序建设	◎65
第二章 法治系统中的法律程序及其意义	◎69
一、法律程序价值观：理论解释框架归纳及评价	◎71
1. 两种法律程序价值观的提出	◎71
2. 结果有效性：程序工具主义价值观	◎73
3. 程序价值有效性：意义在于过程之中？	◎76
4. 小结：程序作为基本价值的表达载体	◎79
二、法律程序的内在价值：一个介绍和评估	◎81
1. 法律程序内在价值的界定及其意义	◎81
2. 一份法律程序“过程价值”的清单	◎84
3. 法律程序“过程价值”论的意义及其问题： 对 Summers 教授分析框架的评估	◎90
三、法律程序的价值冲突及权衡	◎92
1. 法律程序诸价值之间的关系	◎93
2. 程序作业中的价值权衡	◎95
第三章 程序性权利及其制度保障	◎100
一、程序性权利与实体性权利	◎102
1. 权利、实体性权利和程序性权利	◎102

2. 实体性权利与程序性权利的关系	◎107
二、程序性权利的内容:以行政过程中相对一方	
当事人为视角的观察	◎111
三、对程序性权利的救济	◎120
1. 侵犯程序性权利的性质与后果	◎120
2. 程序性权利的法律保障途径	◎126
四、再论程序性权利的救济:存在一种当事人抵抗权吗?	◎128
1. 抵抗权概念及其层面区分	◎129
2. 无效行政行为理论:行政过程中抵抗权问题的提出	◎131
3. 行政行为无效理论的尴尬与抵抗权的困境	◎133
4. 无效理论的意义与抵抗权的制度保障	◎136
第四章 程序正义的理论视角及要素解释	◎140
一、程序正义的观念探讨	◎141
1. 实体性正义	◎141
2. 从实体正义到程序性正义	◎144
3. 法律程序价值观与程序正义	◎148
4. 对程序正义与实质正义关系的简要探讨	◎151
二、程序正义的视角和理论解释框架	◎153
1. 程序正义研究的不同视角:一个扼要描述	◎153
2. 程序正义的理论解释框架:一个简要勾勒	◎159
三、程序正义的基本要素解释:行政程序的观察视角	◎162
1. 程序中立性要素	◎163
2. 程序公正	◎174
3. 程序理性	◎183
4. 程序经济	◎195
5. 何谓“正当程序”?对基本价值的重述	◎201

下篇 正当程序的制度架构

第五章 何谓“正当程序”?对正当法律程序的解释	◎ 207
一、正当程序解释:以行政程序为视角的分析	◎ 208
1. 正当程序为何?:对美国宪法中正当法律程序的简要分析	◎ 208
2. 程序性正当法律过程的价值:个人尊严与最低限度的公正	◎ 222
3. 程序变革如何发生:“正当程序革命”的进路与法律改革	◎ 225
第六章 行政决定程序的基本架构	◎ 243
一、行政决定程序的基本问题界定	◎ 243
1. 行政决定的概念界定	◎ 243
2. 行政决定程序的形态	◎ 246
3. 行政决定程序与司法程序:“司法化”的意义及其限度	◎ 248
4. 程序正义与行政决定程序架构	◎ 250
二、行政决定程序的基本原则	◎ 254
1. 行政决定程序的“一级原则”探讨	◎ 255
2. 行政决定程序的“二级原则”探讨	◎ 257
三、行政决定程序的制度设置	◎ 266
四、对我国行政决定程序的评估和检讨	◎ 272
五、程序改革的基本思路归纳	◎ 282
1. 行政决定程序存在的主要问题	◎ 282
2. 程序改革的基本思路	◎ 284
六、寻求共识与合意:行政决定的替代性程序	◎ 286
1. 行政决定的非正式程序和 ADR:问题的提出	◎ 286

2. ADR 在行政过程中的适用:对美国实践的介绍和评估	◎288
3. 法治、公共利益与合意:ADR 适用于行政过程的 可能性与妥当性	◎297
4. ADR 与中国行政程序改革	◎303
5. 通过规则与合意的治理	◎306
第七章 行政立法的程序原则与制度	◎308
一、行政立法过程	◎309
1. 作为过程的行政立法	◎309
2. 作为结果的行政立法	◎310
3. 立法过程与结果的关系	◎312
二、行政立法程序的架构:美国经验及教训	◎313
1. 对美国行政立法程序的简要考察	◎313
2. 美国行政立法程序的经验与教训	◎322
三、行政立法的体制:主体和权限	◎328
1. 法律保留、法律优先	◎329
2. 中国现行行政立法体制	◎333
四、正当程序与中国行政立法程序的改革	◎340
1. 中国行政立法程序的现状	◎340
2. 我国行政立法程序检讨	◎348
3. 行政立法程序改革的基本思路	◎352
五、行政立法的理性、正当性与程序:一个分析框架	◎368
1. 立法的理性、正当性问题的提出	◎368
2. 大众参与模型:通过正当化的理性化?	◎373
3. 专家理性模式:通过理性的正当化?	◎378
4. 在大众和专家之间:分析框架的意义	◎381
5. 知识论视角的分析框架与中国行政立法程序的改革	◎383