

宪政论丛

现代行政过程论

——法治理念、原则与制度

XIANDAI XINGZHENG
GUOCHENGLUN

湛中乐 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

现代行政过程论

——法治理念、原则与制度

湛中乐 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

现代行政过程论/湛中乐著. —北京:北京大学出版社, 2005.6
(宪政论丛·14)
ISBN 7-301-09222-9

I. 现… II. 湛… III. 行政法学—研究—中国 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056422 号

书 名:现代行政过程论——法治理念、原则与制度

著作责任者:湛中乐 著

责任编辑:胡利国

标准书号:ISBN 7-301-09222-9/D·1212

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:ss@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62765016

排 版 者:北京军峰公司

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16 开本 15.25 印张 256 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

定 价:23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

CONTENTS 目 录

导 言	1
第一章 绪论	8
第一节 行政过程论——行政法学研究的新视角	8
第二节 “行政过程”语义辨析	26
第三节 行政过程论的研究范围	36
第二章 行政过程模式类型、特点及其选择	41
第一节 传统管理论行政过程模式及其特点	44
第二节 传统控权论行政过程模式及其特点	49
第三节 现代平衡论行政过程模式及其特点	57
第三章 现代行政过程参加人	72
第一节 行政主体	72
第二节 行政相对人	94
第三节 监督主体	103
第四章 现代行政过程的价值与原则	108
第一节 现代行政过程的价值追求	109
第二节 现代行政过程的原则	131
第五章 现代行政过程的制度构建	172
第一节 行政程序制度	173
第二节 行政责任制度	222
第三节 行政救济制度	225
参考文献	229

导 言

一、为什么要研究行政过程？

1. 从实证分析的角度,即从行政管理实践的角度看,有必要加强对行政过程的理论研究与分析。

成功经验与失败教训的启示,引发了我的深入思考。我认为有必要重新审视行政过程中的决策、执行与监督各环节中存在的问题。实践中成功的经验比比皆是。如三峡工程的行政决策经历了长达 40 多年的论证与分析,并未仓促上马,而是经过了长期严密的论证程序,最后由最高国家权力机关审议决定的。可实践中反面的教训也并不多。由于决策缺乏科学论证,决策者只凭一时的政治热情或者头脑发热,导致决策失误,给国家、集体和个人都造成重大损失。如长期以来生态环境治理工程或称“末端治理”工程给我们带来的启示,如果一定等到不良结果出现后再想办法,则耗费的行政成本过大,甚至无法弥补。退耕还林、退田还湖等工程的启动也同样带给我们启示。过去不顾科学和环境保护而一味地围湖造田、开山造田,向土地要产量、要效益,结果也是得不偿失。90 年代初期以来大量的“圈地运动”,一窝蜂地兴建经济技术开发区或高新技术开发区、兴建形象工程造成国家财产损失、损害民众利益的例子也并不少见,让人们不得不反思大量的行政决策的失误所带来的严重后果(或者说成本远远大于效益),从而认识到行政决策科学化、民主化的重要性。所以,实践中大量的事例说明,对行政行为过程分析是行政管理“成本效益分析”后的必然选择。

2. 从民主、法制的建立与完善的角度(制度建设的角度)看,应当加强对行政过程理论的研究与分析。

随着我国的改革开放政策的实行,在过去的二十多年里,在制度建设方面较之改革前有显著的进步。但是在经济全球化的今天,在中国加入 WTO 后行政管理体制等方面面临着严峻挑战的情况下,为了进一步推动社会主义市场经济体制的建立,健全完善社会主义民主政治,有必要加强各项制度

建设。就规范政府行为而言,主要是应在转变政府职能、改革政府机构、转变管理方式的前提下,提高行政管理工作的公开度和透明度,促使公民有效地参与到政府决策和其他行政行为中来,充分调动人民的积极性与参与热情,并监督行政机关依法行政。这样,有必要建立有效的制度和机制以确保行政决策的公开化、民主化和科学化,我们应当从完善制度的角度来研究和探讨如何建立一套切实可行的制度来确保公民的权益得到有效的保障与实现。而建立行政程序制度、行政责任制度和救济制度等都是完善制度建设的题中之义。

3. 从促进和推动行政法理论的深入研究来看,应当加强对行政过程的研究。

20世纪80年代,我国行政法理论比较重视对行政组织和国家机关工作人员的研究。90年代开始重视研究行政救济,主要是行政诉讼、行政复议和国家赔偿。最近几年又关注研究行政行为,尤其是开始关注行政程序的研究。但对于行政主体与相对人的法律地位和二者之间的法律关系,对于如何从行政过程的角度,将行政行为放在一个大系统中,从动态角度进行分析,从行政法学与行政学、经济学、社会学等交叉学科的视角来研究行政行为的过程则相对缺乏。本书试图从新视角来阐明如何通过对行政过程的分析,研究应如何更好地提升行政相对人的法律地位,通过对一系列机制的设立与运作的研究,强调行政相对人在行政过程中的主动性与积极参与,从而保障行政相对人的合法权益。促使行政主体和行政相对人双方各自发挥积极作用。这对于彰显和突出行政相对人在行政法中的主体地位,反映现代行政法的人文主义精神,从而构筑科学、合理的行政法学体系均有重要意义。

过去长期以来,理论界多重实然实体规则研究,轻应然程序规则(过去实然程序规则相当缺乏)的设定与研究;重行政行为的静态规范研究,轻行政行为的动态过程分析;重行政行为结果的研究,轻行政行为过程的分析;重行政行为的事后救济研究,轻行政行为的事中、事前保障(救济)研究;重行政执法中的综合治理研究,轻行政执法中的预防机制研究;重对相对人被动请求的消极保护,轻行政过程中对相对人权益的尊重和积极保护;或者虽有对行政程序的研究,但往往是只强调行政机关或行政相对人单方面的义务或权利,而不是将二者置于一种互动的主体范畴中进行研究;虽有对外国制度的一般研究和专门介绍,但往往忽略了国情、社会背景和文化观念等诸多因素的比较研究和真正可资借鉴的成果等等。总之,传统行政法学研究

中还存在着诸多的理论研究的缺陷与不足。

二、全书写作思路

1. 作者提出在当今社会剧烈变迁的大背景下,行政法学范式转换成为一种历史的必然。尤其在中国社会由计划经济体制向市场经济体制转化,政治体制改革不断深入,强调建设物质文明、政治文明和精神文明的情况下,政府职能发生重大转变,政府行政行为的方式也必然发生重大变化,需要塑造新型的政府与人民的关系。行政法中的核心问题是政府与公民的关系问题,是行政权力与公民权利的关系问题。作者从行政过程的新视角来动态地考察分析行政权力的配置、运行和受监督,考察行政过程中行政相对人与行政主体之间的法律地位、权利义务关系的相互作用与相互影响,研究考察宪法框架下监督主体对行政主体行使行政权力过程中的事前、事中和事后的全过程、全方位监督。研究和考察行政相对人与行政主体在行政过程中产生的互动影响即各自权利(权力)义务的实现(动态考察、互动作用)。既不是拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形式,如行政许可、行政处罚、行政强制,也不是拘泥于某个单独的、具体的制度,如行政听证制度、行政强制执行制度或是行政复议制度、行政诉讼制度,而是分析行政权力运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的问题。这样使得研究的视野更加开阔,内容更加丰富。是从过程的视角去透视行政法中最核心的问题——行政主体的行政权与行政相对人的公民权,是从更宏观的角度来分析和研究现代行政过程中的价值追求、应当遵守的原则与应当构筑的制度——即理念、原则与制度。

2. 以行政过程作为问题的切入点,将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究,突显其科学性与系统性。如果说传统行政法研究某个行政行为,只是研究行政行为体系中一个“点”的话,那么行政过程研究则是研究由不同的行政行为的“点”所构成的一条“线”和“链”,并在此基础上研究“面”和“体”。因为它不仅研究某个行政行为,将某个行政行为分解为若干不同的环节和阶段进行研究(如行政立法可以分为若干个环节:立法预测、起草、协商、协调、征求意见、审议通过和正式发布),而且还研究若干前后相连的行政行为之间的关系(如行政立法、行政执法、行政司法行为之间的关系,行政决策、行政执行与行政监督、行政救济的关系等等),并进而研究行政行为的主体、主体拥有的职权和行政相对人权利的行使、义务的履行,以及彼此之间的相互作用,还要研究行为主体所追求的价

值目标与应当遵循的原则,要研究行政权力运行的基本规则和制度。这样,从行政过程入手,就可以对行政法的主要问题作一本质性的探讨和研究。不限于某一个点,而是对于“线”和“链”、“面”和“体”的考察。

三、研究方法

1. 比较研究的方法(中国与外国的国情、国别比较研究)。在本书中有中国与其他国家法治背景所涉及的政治、历史、文化等国情因素的横向比较分析,又有对中国法律制度的演变从历史发展的角度所作的纵向比较研究,从而了解我国法治状态与水平等特点。如在对传统的管理论、传统的控权论和现代行政法的平衡理论的形成特点进行分析时,就采用了横向的国别比较和纵向历史比较的方法。

2. 规范(制度)研究方法(中国与外国的相关制度、规范研究,但以中国为主)。行政法学与行政学的研究,离不开对于规范的分析,其中既有对于规范的价值与功能分析,又有对于规范的具体内容及规范与规范之间的关系的阐释。现代社会的行政管理一定是越来越多地以制度和规范来对社会进行有效的管理。一个国家的行政管理水平如何,一个国家的整体法制状态怎样,法律规范的完备与否是一个非常重要的衡量标准。要研究行政过程,必然研究事物发展变化过程中的各种规则和制度,或者研究应当确立哪些相对科学、公正、公平的规则,以保证行为目标的实现。在本书中,作者既结合《行政程序法》(这里包括中国澳门地区和台湾地区的《行政程序法》和其他国家业已颁布的《行政程序法》)、《立法法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》等许多重要的法律法规,又结合行政法规、地方性法规和规章等进行研究。既有对国内法律规范的研究,又有对外国相关法律法规的横向比较研究;既有对法律规范的研究,又有对于政策规范的研究;既有对已有规范(或实然规范、实定规范)的研究,也有对于应有规范(或应然规范)的探讨性研究。

3. 实证研究方法(主要是发生在中国行政管理实践中的个别案例研究,如规章制定过程中的协商与立法听证、政府定价机制中的价格听证会个案研究、三峡工程决策过程个案研究、行政处罚中的简易程序、普通程序与听证程序等个案分析与研究)。实证研究的方法对于法学研究尤其是行政法领域极具价值。在我国的行政管理过程中有很多成功的经验,也有不少值得总结的教训,这些都是鲜活的现实素材。通过实证分析,可以了解行政管理的具体实践,还可以了解法律规范的具体运作,了解立法、执法和司法

各环节中的实际运作,发现它们之间彼此制约和平衡的关系或者存在着的问题。可以通过实证的案例分析,去发现制度运行中合理性与合法性之间的差距,可以发现行政管理过程中如何运用智慧解决所面临的各种现实问题。

4. 哲学、政治学、经济学、社会学、行政学等多种研究方法。在对于行政过程所涉及的诸多问题上,作者综合运用了哲学、政治学、经济学、社会学、行政学等多种学科的研究方法。如对于行政法平衡理论的阐述和论证、对于行政过程的价值目标分析,就运用了哲学上的矛盾论、对立统一论的分析方法。对于行政过程的若干原则进行阐述和论证时采用了政治学中的权力制约和公众监督的分析方法。对于价格听证制度的演变和各参与主体的行为利益分析时,就运用了经济学上的博弈理论、成本收益分析方法和社会学上的个案研究的分析方法等等。

四、全书的几点创新

(一) 研究视角、研究方法的创新

1. 结合中国社会剧烈变迁引起的行政法学范式转换,从行政过程的角度(视角),动态地考察与分析行政权力的配置、运作与被监督的过程,考察行政权力运行过程中行政主体与行政相对人之间的权利义务关系的发生、发展与变化,既不拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形式,如行政许可、行政处罚、行政强制,也不拘泥于某个单独的、具体的制度,如行政听证制度、行政强制执行制度或是行政复议制度、行政诉讼制度,而是分析行政权力的运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的问题。这样使得研究的视野更加广阔,内容更加丰富。是从过程的视角去透视行政法中最核心的问题——行政主体的行政权与行政相对人的公民权,从更宏观的角度来分析和研究现代行政过程中的价值追求、应当遵守的原则与应当构筑的制度——即理念、原则与制度。

2. 研究方法的创新。以行政过程作为问题的切入点,方法更加科学。因为传统的行政法学往往是将行政法分为行政组织法、行政行为法和行政救济法来分别研究的,往往是从静态的角度去分析行政组织的形态,行政机关的职权职责,讨论行政行为的几种表现形式和各自特点,或者是行政法上的救济制度等,往往对相关问题多作静态分析和个别分析。而以行政过程在不同环节和阶段的展开作动态分析,针对行政过程中的核心主体——行

政主体与行政相对人,围绕着行政法中的核心问题——行政权力与公民权利的关系,对相关理论问题展开分析探讨,显得更加科学和具有系统性与完整性。这样将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究,突显其科学性与系统性。如果说传统行政法研究某个行政行为,只是研究行政行为体系中一个“点”的话,那么行政过程研究体系中就是研究一条“线”和“链”,并在此基础上研究“面”和“体”。因为它不仅研究某个行政行为,将某个行政行为分解为若干不同的环节和阶段进行研究(如行政立法可以分为若干个环节:立法预测起草、协商、协调、征求意见、审议通过和正式发布),而且还研究若干前后相连的行政行为之间的关系(如行政立法、行政执法、行政司法行为之间的关系,行政决策、行政执行与行政监督、行政救济的关系等等),并进而研究行政行为的主体、主体拥有的职权和权利的行使、义务的履行,以及彼此之间的相互作用,还要研究行为主体所追求的价值目标与应当遵循的原则,要研究行政权力运行的基本规则和制度。这样,从行政过程入手,就可以对行政法的主要问题作一本质性的探讨和研究而不至于局限于某一个点,而是对于“线”和“链”,“面”和“体”的考察。

(二) 研究观点的创新

1. 系统地提出了行政过程的概念与构成要素,并对行政过程与行政行为、行政过程与行政程序的关系作了概念上的梳理与厘清。

2. 在罗豪才教授过去提出的管理论、控权论的对立分析模式的基础上,进一步将管理论和控权论限定在传统管理论和传统控权论的范围,并对于传统控权论模式作了“严格实体规则主义控权”与“程序主义控权”的区分。这样将德国、法国的理论学说纳入传统控权论的范围,而不是将其作为管理论的代表。在此基础上,再进一步论证了自第二次世界大战以来各国行政法的总体发展趋势。然后再结合中国的具体情况,认为应当在吸纳传统控权论合理“内核”的基础上,确立现代行政法的平衡理论体系。

3. 在价值目标的选择上,提出了在整合、兼顾自由与秩序、公正与效率的基础上最优化选择的观点。在行政过程中,行政权力的行使在最大限度地保证行政相对人自由、保证行政行为的公正性的情况下,维护行政管理秩序,提高行政管理的效率。在自由与秩序、公正与效率存在冲突与矛盾的情况下,根据具体情况在行政过程中不同阶段作出最优化的合理选择。但总的讲来是应当对自由与秩序、公正与效率的价值进行重新整合,使得这些价值在行政过程中得以协调、兼顾。但是在不同的阶段和环节,又有各自不同

的侧重点。其价值目标和侧重点会有区分,总之它们的关系既不是呆板、机械、一成不变,又不是无规律可循。应当通过一系列的制度来反映不同的价值追求。其中,行政程序制度就是整合这些价值观念的重要制度。故极力主张尽快制定行政程序法,以体现现代行政法的自由、秩序、公正与效率等重要的价值目标。

4. 在行政过程的原则方面,提出应当在遵循行政法的基本原则——合法性原则与合理性原则的前提下,结合行政过程的不同阶段和行政行为的特点等提出应当确立法律创制原则、法律保留原则、法律优位原则、应急性原则、平等原则、参与原则、公开原则、及时原则、比例原则、诚实信用原则、信赖利益保护原则、正当程序原则、公民权益保障原则等。指出这些原则既是行政法基本原则在行政过程中诸环节、诸阶段的具体反映和体现,又不同于某一个单行的管理领域或单行法律法规所确定的原则。这些原则对于行政过程中的行政行为和监督行政行为都有极为重要的指导作用。

5. 提出为确保行政法的价值目标和原则的实现,应当建立行政程序制度、行政责任制度和行政救济制度。在行政程序制度中还首次提出了行政决策咨询制度、行政评价制度、行政协议、协商合作制度。只有全面确立了行政程序制度、行政责任制度和行政救济制度,才能确保行政法价值和目的的实现,才能切实保证行政权力的合法、公正、有效行使,确保行政相对人的权利和利益得到有效的保障。

第一章 绪 论

第一节 行政过程论

——行政法学研究的新视角

一、从新视角考察、研究行政法问题

传统行政法学中往往以行政权为核心来构筑行政法理论体系。二次世界大战前的大陆法系国家如日本、德国以及旧中国等,行政法学的核心概念就是行政权,突出表现在行政法学理论体系的架构上。传统行政法学主要由三大部分组成:第一部分是行政组织法。行政组织、行政机关、行政主体是其中的重要概念。这些概念与行政权力有密切关系,可以说它们都是以行政权力的“载体”存在的。第二部分是行政作用法或行政行为法,是有关行政权力运作的表现形式和具体内容的法律。第三部分是行政救济法。行政机关要为其权力的行使承担责任,给受损害的公民提供一定的法律救济。但总的来说,在历史上这些大陆法系国家大多强调以行政法为工具来保障行政权有效地行使,强调公共利益和行政效率等。

英美传统行政法理论体系主要由委任立法、行政程序和司法审查三大部分内容构成。这三大部分内容体现的中心原则是“以权力制约权力”。委任立法是强调以议会立法权对政府的行政权进行制约与监督,是所谓的事前控制;行政程序是通过行政行为的最低程序标准来进行事中控制;司法审查则是法院司法权对政府的行政权进行制约与监督,是所谓的事后监督。可以看出,这种理论体系还是以行政权为核心来构建的,强调限制和监控行政权,没有专门对行政法中行政相对人的权利进行论述和探讨。

我国行政法学的发展经历了特殊的历史时期。在 20 世纪 70 年代末 80 年代初期,行政法学研究受到很多局限,受前苏联、过去的日本和我国台湾的教材著作的影响较大。后来又开始了解和学习英美国家和法国、德国等

国的相关知识。从概念的移植到教材体系的仿效都经历了一个学习过程。但是早期的行政法体系受前苏联、日本和我国台湾的影响明显要大得多。首先学术界更多的是引进一些学术概念,然后与我国当时还为数不多的行政法律和法规结合进行所谓本土化消化和改造工程。学者们在边学习、边思考的同时,又担负着参与国家重要法律的起草和论证工作。中国的行政法学者与同时期的其他法学领域的专家相比,似乎被更多地赋予了历史的重任:起草、论证国家行政法律。如从1986年成立的行政立法小组就从讨论制定“行政法通则”到后来真正参与制定了1989年“行政诉讼法”,1990年开始又着手研究、探讨如何制定“国家赔偿法”(以与行政诉讼法中的第九章行政侵权赔偿相对应),1994年讨论如何制定“行政处罚法”(因为当时的“三乱”——乱收费、乱摊派、乱罚款问题非常严重)和“立法法”^①等。在不太长的时间里,学者们承担了研究和起草国家重要法律草案的任务。正是在这样的立法实践中,使得他们更多地了解中国行政管理的实际,在各种各样的立法调研和论证会中,他们也越来越清楚地了解到学术研究与国家立法和行政执法的实践相结合的必要。在社会大转型时期,正是在对过去行政管理教训的反思和各地成功试点经验的总结、审视中国社会现状的社会需求的思索中开始思考行政法的意义到底是什么,行政法应当具有哪些功能和价值,行政法应有哪些反映现代法治国家的制度。到后来,一些学者就开始考虑这样的问题:中国行政法律制度能否不简单地照搬照抄外国的制度,这些制度与中国的政治和行政生态环境的融合度究竟怎么样?反映到学术研究方面,随着外国学者的学术著作和学术观点的介绍和引进,中国行政法学体系是不是就是某个国家或地区的复制品,是不是就东施效颦,去步某个国家或某些国家的后尘。中国行政法学体系有没有自己特殊之处?要不要在对国外主要国家的行政法学体系有较多了解情况下,对传统的行政法的内容进行反思与检讨,尝试建立既能反映现代行政法发展趋势,又能结合中国的国情的具有中国特色的行政法体系。也就是说,它不应只是日本、德国大陆法系行政法学体系的翻版,也不应只是英美国家行政法学体系的翻版,它应当具有中国自己的特色,应当是在继承外国先进理论和研究方法后的发展。这就是说在学习与借鉴中求新,在学习与借鉴中创新,在学习与借鉴中超越。正因为如此,自20世纪90年代初期以来,国内学者开始对传

^① 1994年夏天,全国人大常委会法制工作委员会组织了五十多位专家学者聚集在广东省惠州市,举行了“立法法”的专题研讨会,作为正式启动“立法法”工作的重要标志。

统行政法的体系加以改造,开始探讨行政法的理论基础,开始探讨行政权力的授予、运行和被监督过程中行政主体与行政相对人之间的法律关系的特点,开始探讨行政诉讼制度确立在中国的宪政意义。以《行政诉讼法》(1989年)、《行政复议条例》(1990年)^①、《行政监察条例》(1990年)^②、《国家公务员暂行条例》(1993年)^③、《国家赔偿法》(1994年)和《行政处罚法》(1996年)等重要法律法规的颁布、施行为契机,结合我国的行政管理实践和司法审查实践,对实践中出现或发生的大量问题进行分析、研究,从而使得对问题的讨论越来越深化。就像罗豪才教授在《行政法的核心与理论模式》一文中所指出的,当前理论界已就行政法的核心问题达成了一定的共识,即应以行政权与公民权的关系为核心来重构行政法的理论体系。行政权不是一个孤立的概念,它只有同相关的概念结成一定关系,才有其实质意义。在行政法上,行政权与公民权是一对相互关联的范畴。行政法学归根到底也是权利义务之学。但是即便承认行政权与公民权的关系是行政法的核心,也不等于只有一种理论模式。对行政权力和公民权利相互关系的认知和定位的不同,以及价值取向、目标的差别,会形成不同的理论模式。^④ 罗豪才教授再一次论证了现代行政法平衡理论作为诸多理论模式的一种所具有的独特的价值:平衡理论为建立行政主体与相对方的良性互动平台提供理论支持;平衡理论为调整行政法权利(权力)结构机制的构建提供理论指导;平衡理论揭示行政法特有的不对等关系;平衡理论揭示行政程序的性质;平衡理论有利于行政法方法的创新和引进;平衡理论揭示行政法的功能。他是在分析传统管理理论和传统控权理论的基础上提出平衡理论的主张。他认为:行政法的各方主体都是能动的,扩张的,又有两重性。双方既对立又合作,是行政法制发展的根本原因。行政法对双方主体既要加以制约,又要加以激励。当然在中国现有的法治条件下,我们应该重点强调制约行政权。行政主体应维护和增进相对方合法权益,行政相对方要理解和支持行政主体的行政执法行为,特别是要通过互动的参与机制形成和谐、合作的行政关系格局。我们的理论框架正是建立在此基础上。因此,以行政权与公民权的关

① 该《条例》后为1999年颁行的《行政复议法》所取代。

② 该《条例》后为1997年颁行的《行政监察法》所取代。

③ 目前,我国的最高国家权力机关正在制定《国家公务员法》。该法已被列入国家“十五”立法规划议程。2004年12月底,全国人大常委会已对该法草案进行了第一次审议。据估计该法可能在2005年底以前出台。

④ 罗豪才:《行政法的核心与理论模式》,载《法学》2002年第8期,第4页。

系为核心构建行政法理论体系,至少有三种模式。这些模式在价值取向、目标、规范体系、制度体系的设定,以及行政法治原则的适用范围和要求等方面都存在差别。^①

我认为,从行政过程的新视角来动态地考察分析行政权力的配置、运行和受监督,考察行政过程中行政相对人与行政主体之间的法律地位、权利义务关系的相互作用与相互影响,研究考察宪法框架下监督主体对行政主体行使行政权力过程中的事前、事中和事后的全过程、全方位监督。研究和考察行政相对人与行政主体在行政过程中产生的互动影响即各自权利(权力)义务的实现(动态考察、互动作用),既不是拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形式,如行政许可、行政处罚、行政强制,也不是拘泥于某个单独的、具体的制度,如行政听证制度、行政强制执行制度或是行政复议制度、行政诉讼制度,而是分析行政权力的运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的问题。这样使得研究的视野更加开阔,内容更加丰富。是从过程的视角去透视行政法中最核心的问题——行政主体的行政权与行政相对人的公民权,是从更宏观的角度来分析和研究现代行政过程中的价值追求、应当遵守的原则与应当构筑的制度——即理念、原则与制度。

以行政过程作为问题的切入点,将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究,可以突显其科学性与系统性。如果说传统行政法研究某个行政行为,只是研究行政行为体系中一个“点”的话,那么行政过程研究则是研究由不同的行政行为的“点”所构成的一条“线”和“链”,并在此基础上研究“面”和“体”。因为它不仅研究某个行政行为,将某个行政行为分解为若干不同的环节和阶段进行研究(如行政立法可以分为若干个环节:立法预测起草、协商、协调、征求意见、审议通过和正式发布),而且还研究若干前后相连的行政行为之间的关系(如行政立法、行政执法、行政司法行为之间的关系,行政决策、行政执行与行政监督、行政救济的关系等等),并进而研究行政行为的主体、主体拥有的职权和权利的行使、义务的履行,以及彼此之间的相互作用,还要研究行为主体所追求的价值目标与应当遵循的原则,要研究行政权力运行的基本规则和制度。这样,从行政过程入手,就可以对行政法的主要问题作一本质性的探讨和研究。不限于某一个点,而是对于“线”和“链”、“面”和“体”的考察。

^① 罗豪才:《行政法的核心与理论模式》,载《法学》2002年第8期,第4—6页。

二、国外与国内行政过程研究概说

(一) 国外行政过程研究简介

国外对于行政程序问题的研究始于英美^①,但对于行政过程的研究却集中于日本。在日本,自20世纪50年代后半期以来,公法学界开始出现了传统行政法和行政法学的检讨与批判。抽象说来,对于行政法现象的社会科学性或法社会学的研究不只有其必要性,同时意味着有将之现实具体化的必要。于是提出了“行政过程论”。该学说的代表首先当推远藤博也教授与盐野宏教授。但其发展乃首见于今村成和教授1966年所著的《行政法入门》一书,将行政过程作为现代行政法学的观点。^②其后,远藤博也教授于1969年在《北大法学论集》二十卷1—3号中发表《复数当事人的行政行为——试析行政过程论》^③;盐野宏教授于1972年在日本《公法研究》34号中发表《行政作用法论》,提出行政过程的观点。^④

远藤博也教授认为向来行政法(解释)学之运作,专在制度内求解释论之体系,而未将制度本身当做议论对象,其以古典之权力分立论为前提而未对行政之公共性内容做具体检讨。行政过程论可以说是“创造问题之体系”。且就行政法之“公共性”内容与社会管理机能之内容为分析检讨,特别对于各种行政过程中的行政行为的定位从事努力。“近代行政法之典型,是由国家集中独占社会管理机能;而现代行政法之典型则打破近代行政法之

① Landis, J. M., *The Administrative Process*, 1938.

② 事实上,在今村成和教授之前,日本最高法院的园部逸夫法官曾在《行政程序》一文中,对“行政过程”有比较详细的描述,在该文中,园部逸夫法官将行政过程定义为“行政权为达成行政上之目的,于宪法下,请求法令上、惯例上所能运用之一切手段,所为一连串程序之连锁”。参见:《岩波讲座现代法》4《现代行政》,岩波书店1966年版,第99页。转引自刘宗德、赖恒盈:《日本行政法学之现状分析——译者代序》,载盐野宏著,刘宗德、赖恒盈译:《行政法I》月旦法律丛书,月旦出版社股份有限公司出版1996年版,第369—370页。但是今村成和教授是首位将“行政过程”列为行政法教科书中专门章节者。

③ 除前述著作外,远藤博也有关“行政过程”的论述,还有以下主要论文或著述:《行政过程的意义》,载《北大法学论集》,27卷3—4号,1977年。《关于行政法学的方法及对象》,收于田中二郎先生古稀纪念论文集《公法理论下I》,有斐阁,1985年版。《计划行政法》第三章《行政过程论》,学阳书房,1976年。等等。

④ 除前述著作外,盐野宏教授有关“行政过程”的论述,还有以下主要论文或著述:《行政法的对象与范围》,《法学家》,《行政法的争点》,有斐阁,1980年版。《行政过程总说》,原收于雄川一郎等编《现代行政法大系 第2卷 行政过程》,有斐阁,1984年版。

典型,于社会管理机能之限度内必须有待相关社会集团间自律性地调整,且行政法并非利害调整本身,而是利害调整之场所的提供者,行政过程即成为具有其独自意义”^①。因此,必须以分析检讨个别具体的行政过程之行政法各论的研究与制度本身作为议论之对象。

的确,随着现代行政职能的扩大,行政过程已经成为复杂的多阶段构造,因而必须采取种种不同的方法、手段或行为形式以求政策之实现,对于现代行政或行政过程之复杂肥大化现象,或是总的说来,对于行政国家现象,远藤博也教授的上述主张说明传统行政法学方法之体系已无法适应。不过,也有学者批评远藤博也教授过度强调行政过程之独特性,致使行政法学方法论中宪法体系或价值基准模糊不清;其次,诚然行政在技术面具有社会管理作用及提供利害调整场所之职能,但是行政乃国家权力之表现,具备“公权威”即“公共性”,本质上超越“社会管理作用”范畴。即使非权力行政成为行政法学研究对象,也不外乎因其涉及“公共性”,或以“公权威”作为后盾。同样,行政法在公民参与等问题上,也许适合担任“利害调整之场所”的提供者,但是只要行政法上还承认行政机关有一定决定权,可以从不同利益中选择其一,给予优先保障,则远藤博也教授之认识不免偏于一端,难说完全客观。

另一提出行政过程论的学者是盐野宏教授。但是,他的观点与远藤博也教授的见解存在差异。第一,在用语上,行政过程是指广义的行政活动或行政作用之过程;第二,行政过程是被当作眼前之行政法解释学之方法。远藤博也教授之行政过程论采取至行政法之全领域之观察范围,其着眼点毋宁在行政法解释学所采之范围。而盐野宏教授之行政法解释学,“乃以行政主体与私人于行政法上关于特殊之权利义务之形成消灭过程之法为中心的行政过程论,并限于与行政过程论不可分之司法过程论及行政手段论”。换言之,“应该彻底将行政法(解释学)当作宪法规范范围内被立法者选择以实现具体法目的之技术的法(解释学)”。

盐野宏教授是日本最早提出“行政过程论”的学者之一,并有重大学术贡献。他曾于20世纪80年代撰写了《行政过程及其统制》^②,最早提出了“行政过程”的概念,提出了以“行为形式论、行政上的一般制度论、私人的地位论”来构筑行政过程论。在此基础上,他于90年代提出了以行政过程论、

① 远藤博也:《行政过程的意义》,载《北大法学论集》,27卷3—4号,1977年。

② [日]盐野宏著:《行政过程及其统制》,有斐阁,1989年版。