



完善和发展中国特色社会主义制度
推进国家治理现代化

WAN SHAN HE FA ZHAN ZHONG GUO TE SE SHE HUI ZHU YI ZHI DU
TUI JIN GUO JIA ZHI LI XIAN DAI HUA

“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目

国家治理现代化 与行政法治

GUO JIA ZHI LI XIAN DAI HUA YU XING ZHENG FA ZHI

江必新◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FUND PROJECT

完善和发展中国特色社会主义制度
推进国家治理现代化

WAN SHAN HE FA ZHAN ZHONG GUO TE SE SHE HUI ZHU YI ZHI DU
TUI JIN GUO JIA ZHI LI XIAN DAI HUA

“十二五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目

国家治理现代化 与行政法治

GUO JIA ZHI LI XIAN DAI HUA YU XING ZHENG FA ZHI

江必新◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国家治理现代化与行政法治 / 江必新著. —北京: 中国法制出版社, 2016.3
(完善和发展中国特色社会主义制度, 推进国家治理现代化)
ISBN 978-7-5093-7435-1

I. ①国… II. ①江… III. ①国家—行政管理—现代化管理—研究—中国 ②行政法—研究—中国 IV. ① D630.1 ② D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 065173 号

策划编辑: 马 颖 (maying 1130@163.com)

责任编辑: 李连宇

封面设计: 李 宁

国家治理现代化与行政法治

GUOJIA ZHILI XIANDAIHUA YU XINGZHENG FAZHI

著者 / 江必新

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2016 年 3 月第 1 版

印张 / 10.75 字数 / 159 千

2016 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7435-1

定价: 36.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66026587

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

国家治理是社会科学中的高端和顶级问题。我们知道，中国有着漫长的钻研治国理政学问的传统，但恐怕很多人还不甚明了中国也是在这个世界上最早建立起当时的“现代国家制度”的国家。公元前 221 年，秦朝通过商鞅变法，建立起一整套超乎寻常、异于前人的国家治理体系，这套体系的核心是推之全国的意识形态基础、统一的全国性政府官僚机构、高效的政治运作以及以个人能力而不是贵族身份选拔官僚的制度。藉此，中国确立了封建时代的制度基础，也开创了同时代其他国家所没有的国家形态；凭借国家形态的“现代性”，古代中国创造了其他国家难以企及的成就，也一度是整个世界的“先行者”和“领跑者”。

然而，所谓的“现代性”是一个相对的概念，其中既有空间维度中不同国家的比较，也有时间维度中不同阶段的对照。启蒙运动和工业革命催生了资本主义制度，其所造就的“西方”是如此的繁荣，以至于世界上的其他地方似乎沦为“被上帝冷落的地方”，即便曾经领跑世界的中国也不禁黯然失色。这种境况使西方人自信心大增，最为典型地表现在美籍日裔教授弗朗西斯·福山所提出的“历史终结论”上，这项研究成果认为，人类社会发展的意识形态之争，将以西式自由民主政体“成为普世性的人类政府的最终形式”而告终。然而，改革开放后的中国保持了加速发展的步伐，在“历史终结论”提出近 30 年后

的今天，我们可以肯定地说，中国以一个现实的例外宣告这一单线式历史观的破产。

以“奥卡姆剃刀”删繁就简，让我们找找是谁导演了国际政治舞台上的你追我赶、此消彼长以及浮浮沉沉。我想美国作家马斯·弗里德曼的一个判断，或许能引起共鸣。他在2000年12月撰写的一篇评论2000年美国大选选票纠纷的文章中说：美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷；不在于空军，也不在于海军；不在于言论自由，也不在于自由市场；真正的秘密在于上述现象背后长盛不衰的法治和制度，正是这种制度使每一个人可以充分发展而不论是谁在掌权。美国真正强大的力量，在于“我们所继承的良好的法律与制度体系——有人说，这是一种由天才们设计，所以蠢材们能加以管理的体系”。^①这番洋洋洒洒的宏论，似乎可以印证本序开篇所言的国家治理问题的根本性，也应该可以让我们更清楚地理解为什么古代中国对治国理政问题保持着持久的注意力和热情。

人类的未来从来不是一个书定的样本。“在制约人类社会的种种法则中，似乎只有一种法则比其他一切法则更精确和一目了然。如果人想保持其为文明人，或称为文明人，就必须随着人们条件平等的增长同步提高和改进共处一体的艺术。”^②“现代”是一种“稳定态”，“现代化”则是一种“变化态”。历史告诉我们，世上没有一劳永逸的现代国家治理，变化着的世界需要国家治理持续的现代化。我想，这也是十八大后，以习近平为总书记的党中央将“推进国家治理体系与治理能力现代化”作为一个重要命题提出来的原因之一。它同时表明，中国共产党在全面执政多年之后，试图全面系统地回答“怎样治理社会主义社会这样一个全新的社会形态”。“怎样治理社会主义社会这样一个全新

^① 转引自任东来：“大国崛起的制度框架和思想传统——以美国为例的讨论”，载《战略与管理》2004年第4期，第19页。

^② Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans. by Henry Reeve, New York: D. Appleton & Company, 1904, vol. 1, p. 134.

的社会形态”，在以往的世界社会主义中并没有得到真正解决。共产主义理论和科学社会主义理论创始人马克思、恩格斯没有遇到全面治理一个社会主义国家的实践，其关于未来社会的原理很多是预测的；苏联在这个问题上进行了探索，取得了一些实践经验，但也最终走到歧路。中国共产党在全国执政以后，不断探索这个问题，尽管走过一些弯路，但从目前政治稳定、经济发展、社会和谐、民族团结的情况看，特别是与世界上一些国家和地区动荡混乱的情况对比来看，在解决这个问题上是富有成效的。十八届三中全会提出要完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，并不意味着对当前的治理体系和治理能力的否定，而是表明对于“怎样治理社会主义社会这样一个全新的社会形态”的问题，中共中央认为解题的“时间窗口”已经打开。众所周知，邓小平同志在1992年年初南方谈话中提出，恐怕再有30年的时间，我们才能在各方面形成一套更加成熟、更加定型的制度。我个人认为，中央审时度势，在邓小平提出的战略目标基础上，适时提出推进国家治理体系和治理能力现代化，是在试图回答“怎样治理社会主义社会这样一个全新的社会形态”，是在试图通过不断改革和创新使中国特色社会主义制度更加成熟、更加定型。可以预见，这将是以习近平同志为总书记的新一届党中央领导集体对中国特色社会主义作出的一个极为重大的贡献。

在“四个全面”战略布局下推进国家治理体系与治理能力现代化，是一场国家、社会、公民从着眼于对立对抗到侧重于交互联动再到致力于合作共赏善治的思想变迁；是一次政府、市场、社会从配置的结构性的变化引发现实的功能性变化再到最终的主体性变化的国家实验；是一个改革、发展、稳定从避免两败俱伤的负和博弈、严格限缩此消彼长的零和博弈再到追求和谐互惠的正和博弈的伟大尝试。实现国家治理的现代化，这个变化意味着，中国人已不再热心于简单地模仿，也不再是顽固地坚持，更多的是富于理性的自主意识，走出一条有中国特色的强国之路。邓小平反复指出，我们建立的社会主义制度是个好制

度，必须坚持。在坚持社会主义基本制度的同时，还要对社会主义制度进行完善。这种完善的结果就是中国特色社会主义制度更加贴近现代国家的治理规律、更加贴近人民的要求和愿望、更加贴近时代发展的潮流和趋势，其内容也将越来越丰富。中国特色社会主义制度的成熟是改革开放不断深化发展的必然结果。邓小平还提出，现在建设中国式的社会主义，经验一天比一天丰富，一些好的经验经过实践的反复检验，可以上升为制度。改革是中国特色社会主义实现自我完善和发展的根本途径和动力，这是邓小平始终强调的一个思想。推动国家治理体系与治理能力现代化，就是让中国道路、中国制度、中国事业永葆生机活力。对这个问题的的重要性，无论怎样强调，都不为过。

“治国无法则乱。”国家治理的现代化，很大程度上是治国理政与法治以及法治与善治之间的化合反应与升华过程，它意味着我们不仅于思想观念上不再走人治的老路，而且于政治生态上铲除了人治隐形存在的可能，最终使那种仅停留在口头上的法治无所依凭。国家治理、政府治理、社会治理的基本方式必然是法治，国家治理、政府治理、社会治理的现代化有赖于各个领域的法治化。所以，我们要以法治的可预期性、可操作性、可救济性等优势来凝聚转型时期的社会共识，使不同利益主体求同存异，依法追求和实现自身利益最大化。要努力推动形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的良好法治环境，在法治轨道上推动各项工作。要广泛开展依法治理活动，提高社会管理法治化水平。要提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力。要建立决策科学、执行坚决、监督有力的权力运行体系，健全惩治和预防腐败体系，建设廉洁政治，努力实现干部清正、政府清廉、政治清明。要形成科学有效的权力制约和协调机制，加强反腐败体制机制创新和制度保障，健全改进作风常态化制度。要深化司法体制改革，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益。要维护宪法法律权威，深化司法体制机制改革，确保依法独立公正行使审判权、检察权，健全

司法权力运行机制，完善人权司法保障制度。

国家治理是一门专业性很强的科学。国家治理体系和治理能力是一个国家制度和制度执行能力的集中体现。相较于中国共产党提出的若干“现代化”，国家治理体系和治理能力的现代化，意义更为深远，且更具有挑战性，面临的困难和问题都将前所未有。如何实现“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”这一全面深化改革的总目标，是摆在全党全国人民面前的一个重大课题，需要有人来对其进行深入系统研究。但遗憾的是，这些年来，我国研究国家治理问题的论著并不多，尤其是系统和深入研究的论著仍付之阙如。有鉴于此，我联络了几位志同道合的同志，共同筹划撰写“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理现代化”丛书，从国家治理现代化的基本理论问题和制度构建，国家治理现代化与社会主义核心价值观体系、法治中国建设、依法执政、行政法治、社会治理、公正司法等的关系方面，深入研究如何“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理现代化”这个宏大的历史课题。我们希望，通过这项研究，为国家治理及其现代化提供基础性的理论支持，为推进国家治理现代化的探索提供可资借鉴的方案，为国家治理现代化的实践提供有针对性的操作指南。

正如“现代性”是一个相对的概念一样，人们对“现代性”的认识也永无止境。正是在这个意义上，本丛书的研究，不是终结，而是开始；本丛书的结论，充其量也只能算是此时之“是”。“现代化”建设永远在路上，制度建设永远没有休止符。

是为序。

江西新

二〇一六年三月

第一章 国家治理现代化与行政法治模式的转型 / 001

- 一、近代公共行政之主要特征与近代行政法之核心概念 / 003
- 二、现代公共行政之新样态以及对近代行政法的挑战 / 007
- 三、现代行政法转型之方向与条件 / 015

第二章 行政法治对公共行政变革的回应 / 021

- 一、公共行政领域的变革及其原因 / 021
- 二、公共行政变革对法治政府建设的影响 / 027
- 三、行政法对公共行政变革的回应 / 030
- 四、几点启示 / 034

第三章 依法行政的目标及其实现 / 036

- 一、依法行政的基本内涵 / 038
- 二、依法行政的必要性 / 046
- 三、依法行政的要求 / 049
- 四、依法行政的保障 / 056

第四章 行政手段法治化 / 064

- 一、行政法手段的多样性 / 064

- 二、优化行政法手段的选择适用 / 071
- 三、运用行政法手段需要注意的若干问题 / 076

第五章 行政规制法治化 / 084

- 一、坚持人民的主体地位不等于放松行政规制 / 085
- 二、使市场在资源配置中起决定作用不意味着放弃对市场的规制 / 086
- 三、应放松规制还是从严规制 / 087
- 四、科学、合理、持久的规制必然走向法治 / 088
- 五、实行法治化的规制，还需关注立法本身的质量 / 089
- 六、衡量规制行为正当性，要坚持实质正义与形式正义的统一 / 090
- 七、规制的强度和手段要与其他主体参与国家治理的能力相适应 / 091
- 八、不能忽视对规制者的规制、监管者的监管 / 091
- 九、要理性、辩证地看待对规制者的规制 / 092
- 十、加强对规制者的规制，必须坚持程序和实体的双重制约 / 093

第六章 行政合同制度法治化 / 094

- 一、构建中国行政合同法律制度的原因和根据 / 095
- 二、中国行政合同建制模式之选择 / 100
- 三、中国行政合同法律制度的体系和内容 / 103
- 四、中国行政合同建制之再展望 / 114

第七章 行政酌处权法治化 / 116

- 一、行政酌处权的概念 / 116
- 二、行政酌处权的不可避免性与必要性 / 119
- 三、规制行政酌处权的必要性与可能性 / 122
- 四、行政酌处权的适度授予 / 124
- 五、行政酌处权的程序控制 / 127

六、行政酌处权的规则约束 / 128

七、对行政酌处权的监督机制 / 129

第八章 行政责任法治化 / 137

一、法治政府必须是责任政府 / 137

二、政府对自己的行为负责 / 142

第九章 行政诉讼在推进国家治理现代化中的作用 / 146

一、中国行政诉讼的基本情况和主要特色 / 146

二、中国行政审判在推进国家治理现代化中的作用 / 150

三、对进一步发挥行政审判在推进国家治理现代化中的作用的几点思考 / 151

第一章 国家治理现代化与行政法治模式的转型

推进国家治理现代化，就是要适应时代变化，既改革不适应实践发展要求的体制机制、法律法规，又不断构建新的体制机制、法律法规，使各方面制度更加科学、更加完善、更加成熟。

国家治理不同于国家统治。国家治理是对马克思主义国家理论的重大创新，同时也反映了我们党从革命党到执政党的重大转变。国家治理是政道和治道相结合的过程，不仅涉及基本制度的政道改革，也涉及治理层面的治道改革。具体来说，体现在以下几个方面：

第一，治理主体发生了深刻变化。在过去的统治模式下，统治的权威是单一的，就是国家公共权力。而治理的主体可以是国家公共权力，也可以是社会组织、民间组织、企事业单位、基层社区组织、公民。换言之，治理的主体是多元的。

第二，治理性质发生了显著变化。在统治的语境之下，政府行为带有强制性，公民必须服从，不服从可以依法处理，国家就是合法垄断暴力的工具。而治理的行为可以是强制的，但经常不是强制的，或者说大量是自愿的。许多社会问题光靠强制解决不了。如果换一种手段，大家协商，两厢情愿，问题就可能以更好的效果得到解决。

第三，治理权源发生了深刻变革。传统上，政府权力、权威的来源就是法律，法律没有授权，政府是不可以作为的。而治理的来源可以是法律，

但大量是社会契约，不一定是国家法律。比如村规民约、自治章程，这些不是国家法律，但它们具有约束力。按照社会契约对社会事务进行管理，就叫做治理。

第四，行政权力运行向度不同。传统上，行政权力的运行方向是自上而下的，简单来说就是我命令你服从。而治理的方向可以是自上而下的，但更多是平行的，要协商办理，主体之间是平等的。比如我们现在倡导协商民主，但对协商民主有两种不同的理解，其中一种就是居高临下地听听意见，这不是协商民主，至多是咨询民主。协商民主主体是平等的，目的是相同的，都是为了推进国家民主法治，都是为了某一个地方的公共利益。

国家治理模式的深刻变化表现在方方面面，这些变化对进一步完善行政诉讼制度，充分发挥行政诉讼在推进国家治理现代化进程中的作用，提出了新的要求和挑战。

所谓国家治理现代化，包含着国家治理的民主化、科学化、智能化、法治化等意蕴。法治化是国家治理现代化的基础。而行政法治即行政主体的组成、权力运行及行为的法治化乃是国家治理法治化的重要组成部分。

行政法作为国家法律的一个门类，处理的是法与公共行政的关系问题，是调整公共行政关系的法律规范的总和。考察各种社会形态中不同国家的行政法制状况，可以明显看到，当国家享有公共权力并设立公共行政机关之后，基于规则治理的需要，便自然而然地催生了行政法。古往今来，行政法对公共行政与法的关系的处理基本上可以分为三种类型，即以法行政、依法行政与法治行政。^①公共行政与法的关系之所以呈现这三种类型，除了在相当大程度上决定于国家的政体模式之外，还在相当大程度上决定于公共行政本身的发展演变规律以及行政法作出的相应调整。

法国公法学家莱昂·狄骥曾说：“从某种意义上讲，国家的变迁也就是

^① 参见江必新：《行政法制的基本类型》，北京大学出版社2005年版，第4~21页。

法律的变迁。”^①社会的变迁导致了公共行政发生变迁，公共行政的变迁作用于法律之上，便不可避免地促使行政法发生转型。本章将基于对近代公共行政与近代行政法的铺垫性梳理，探讨现代公共行政已经出现的新样态、对近代行政法提出的挑战，以及现代行政法转型的方向与条件。

一、近代公共行政之主要特征与近代行政法之核心概念

（一）近代社会对政府之需求

国家设立公共行政机关的目的在于应对普遍的社会需求，普遍的社会需求决定了公共行政的形式与内容。在近代西方社会，即大体上从西方资产阶级革命到二战之前的这段时期，随着“人民主权”观念的逐渐深入人心，普遍的社会需求通常可概括为三个方面：一是秩序维护需求。安全是国民的一种最为基本的需求，但国民个体通常难以完成对安全的足够保障。有必要设立凌驾于个别国民之上的公共行政机关，以维护社会秩序，保障国民的安全。二是最低干预需求。社会制度的发展大都遵循历史唯物主义的否定之否定规律。在前资本主义时代，国民深受封建专制主义之害。待“从身份到契约”的资产阶级革命胜利之后^②，国民普遍期望自由，坚定奉行自由主义，主张国民自由只应受到最低限度的干预，应当将公共权力机关对国民自由的干预限制在能够保障维护社会秩序的最小范围之内。三是最小政府需求。政府有效运行的基础是国民的税负。政府规模的大小决定了国民税负的重轻。政府的规模越大，国民的税负越重；政府的规模越小，国民的税负越轻。在保障公共权力机关能够维护社会秩序的范围内，国民普遍希望政府的规模最小。

（二）近代公共行政之主要特征

在“人民主权”观念深入人心的近代西方社会，上述三种普遍的社会需

^① [法] 莱昂·狄骥：《公法的变迁，法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版，第 7 页。

^② 参见 [英] 亨利·梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 97 页。

求，加之当时的社会经济发展水平，近代公共行政大体上呈现出六种特征：

第一，国家行政。在从封建专制主义过渡到自由资本主义之后，国民普遍信奉最小的政府就是最好的政府，因此承担公共行政职能的只能是国家行政机关，即政府。社会组织、个人均不能履行公共行政管理职能。

第二，秩序行政。国家行政机关进行公共行政的主要形态就是维护社会秩序，充当“守夜人”。例如，英国行政法学者韦德曾这样引述英国历史学家泰勒的话，即“直到1914年8月，除了邮局和警察之外，一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在”。^①在这段时期，公共行政的主要功能就是维护社会秩序，主要途径是对违反社会秩序的人作出行政决定。行政处罚、行政命令、行政强制、行政许可等行政行为便是这种秩序行政的典型形式。

第三，高权行政。在国家行政机关进行秩序行政的过程中，公共行政权力居高临下，行政相对人居低仰视，国家行政机关与行政相对人是“命令—服从”的关系，行政活动明显带有强制性、高权性。

第四，单方行政。在“命令—服从”关系下，国家行政机关为了公共利益，往往是单方面宣示意志，单向作出影响行政相对人权利义务的行政行为，行政相对人作为被管理者只能被动地服从，不能参与国家行政机关意志的形成。

第五，消极行政。秩序行政的目的是维护社会秩序，国家行政机关作为“守夜人”，其主要的活动方式是对违反社会秩序的相对人消极地给予侵益性制裁，保障社会秩序的普遍遵守。坚定信奉自由主义的理念决定了将每个人都预设为理性人，每个人都会最大限度地通过自由竞争为自己谋取利益，故一般不允许国家行政机关为了特定相对人的利益而积极主动地进行授益性的行政活动。在特殊情况下，如出现自然灾害，国家行政机关才可以少量地进行积极行政，保障国民基本的生存条件。

第六，手工操作行政。相对于现代社会广泛应用的电子化行政而言，

^① A.J.P. Taylor, *English History, 1914~1915*, Oxford: Clarendon Press, 1965, p.1. 转引自[英]威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第3页。

近代社会普遍通过手工操作来实现行政管理活动。

（三）近代行政法之核心概念

与近代公共行政的上述特征相呼应，近代行政法属于依法行政的范畴。换句话说，近代行政法是紧紧围绕依法行政展开的。依法行政是西方近代社会重要的法律特征，也是西方社会发展中的重要历史阶段。对于这个历史阶段，有些国家经历了几百年的时间。例如，英国从约翰王 1215 年签订《大宪章》（Magna Carta）开始，直至二战前的 700 多年时间，都属于依法行政阶段。

在依法行政阶段，行政法的核心概念主要有四个：

一是据法行政和不违法行政。据法行政和不违法行政是依法行政的两个方面。参照德国行政法上的术语，据法行政就是“法律保留”，即行政机关只有在取得法律授权的情况下，才能行使行政权力，做出影响相对人权利义务的行为。不违法行政就是“法律优先”，即行政机关受法律的约束，不得采取任何违反法律的行为。^①在行政法上，由于据法行政要求依据法律的授权进行行政活动，故又可被称为积极的依法行政原则；由于不违法行政要求不得采取违反法律的措施，故又可被称为消极的依法行政原则。

二是控制自由裁量权。依法行政原则要求行政机关对行政权的行使受到法律的约束，但法律对行政机关的约束并非意味着行政机关成为机械适用法律的奴仆。法律对行政机关的约束可能会非常严格，亦可能会在特定情况下对行政机关的约束发生松动。在行政法中，行政裁量处于核心地位。^②为有效应对市场经济所带来的复杂多样的社会关系，自由裁量作为适应具体情况的手段被立法机关赋予了行政机关，以使具有专业能力的行

^① 关于“法律保留”和“法律优先”在德国行政法上的涵义，参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 103~104 页。

^② 参见余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 1 页。

政机关对个案作出正当的处理。^① 由于法律授予了自由裁量权，行政机关便获得了一定的自由活动空间。不过，“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”^②。由于行政自由裁量权本质上是一种“自由”的权力，以及权力本身的扩张性和操纵权力的人自身不可克服的弱点，导致行政自由裁量权极可能被不正当地滥用。^③ 因此，近代行政法在赋予行政机关自由裁量权的同时，亦非常关注行政自由裁量权的控制。对行政自由裁量权的控制是近代行政法的一项重要内容。

三是正当程序。无论是在英美法系，还是在大陆法系，正当程序的理念都源远流长。英国普通法中的“自然公正”原则尤其明显地体现在了程序法律中。“在古代罗马最早的时候，法律也曾在实质上是程序法。在那里诉讼程式具有至高无上的重要性。”^④ 在近代公共行政中，由于行政实体问题变得日益纷繁复杂，尤其是依法行政所要求的行政合法性原则在控制行政自由裁量权滥用上的疲软乏力，正当行政程序的价值凸显。尽管对贯彻和实施行政实体法而言，行政程序只是处于辅助地位，但对于保障行政实体问题的处理，尤其是保障客观地作出自由裁量决定而言，行政程序至为关键。行政程序的设计不仅要明确，具有确定性和可预测性，而且要正当，符合公正的要求。对行政相对人权利义务的影响越大，行政实体问题越复杂，设计的行政程序就应当越严格。

四是行政诉讼或司法审查。在近代公共行政中，由于行政机关是执行代议机关的立法，故在行政程序中处于高权地位，与行政相对人形成“命令—服从”关系。若是行政相对人在行政程序中与行政机关发生行政争议，一般不能在行政程序中获得最终解决，必得诉诸行政救济。到法院提起行

① 参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第127~128页。

② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1982年版，第154页。

③ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第二版），北京大学出版社2005年版，第372页。

④ [法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第55页。