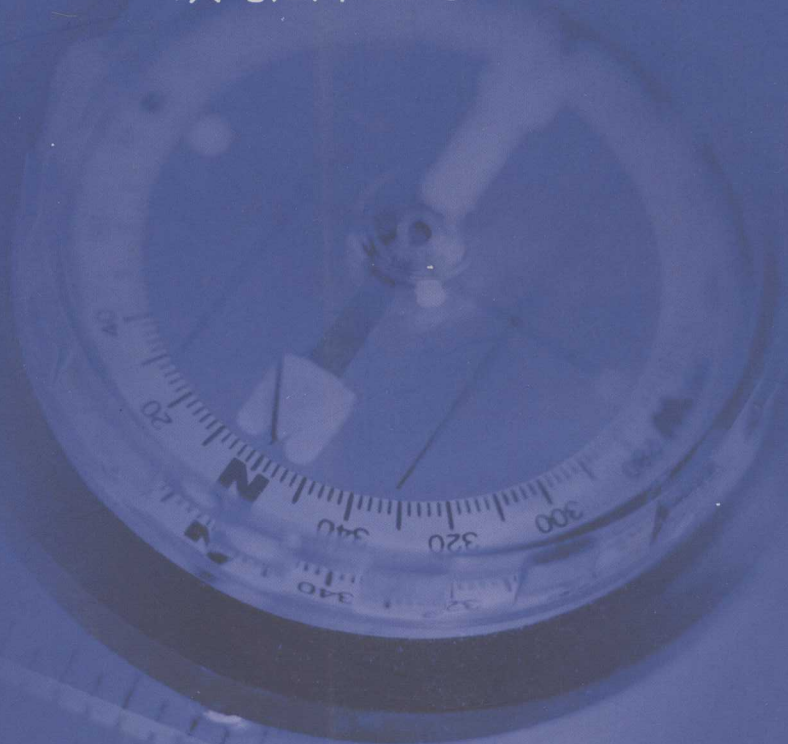


应松年 杨小君 著

法定行政程序 实证研究

——从司法审查角度的分析



国家行政学院出版社

应松年 杨小君 著

法定行政程序 实证研究

——从司法审查用度的分析

江苏工业学院图书馆
藏书章

D922.104
Y7

国家行政学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法定行政程序实证研究:从司法审查角度的分析/应松年,杨小君著.

—北京:国家行政学院出版社,2005

ISBN 7-80140-373-8

I. 法… II. ①应…②杨… 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(2005)第 025099 号

- 书 名 法定行政程序实证研究
——从司法审查角度的分析
- 作 者 应松年 杨小君
- 责任编辑 高 琼
- 出版发行 国家行政学院出版社
(北京海淀区长春桥路 6 号 100089)
- 电 话 (010)68920640 68929037
- 经 销 新华书店
- 印 刷 北京秋豪印刷有限责任公司
- 版 次 2005 年 6 月北京第 1 版
- 印 次 2005 年 6 月北京第 1 次印刷
- 开 本 880 毫米×1230 毫米 32 开
- 印 张 13
- 字 数 338 千字
- 书 号 ISBN 7-80140-373-8/D·171
- 定 价 28.00 元

序

从1989年《行政诉讼法》把程序合法列为具体行政行为合法性审查的三项条件之一后,行政法学界就开始加紧对行政程序立法的研究。经十余年的努力,行政程序法研究几乎已经成为一门学科,是当前理论与实务界的热门话题之一。理论研究、调查报告、国外立法与实务介绍等等专著不断问世。有些研究组已达到相当水平。但至今未见有将行政执法和行政审判中有关行政案例作集中分析研究的著作。

本书《行政程序实证研究——从司法审查角度的分析》也许是填补了这一缺口。这个题目是小君提出的,无疑是个好主意。从搜集案例到分类、评析,花了两年多时间。在众多行政执法和行政审判关于行政程序的案例中,我们挑选其中有典型意义的,尤其是对立法工作和理论研究有重要价值的案例,按内容分类,列为九章,以“法定程序”为核心,从法定程序范围和标准的界定入手,进而就行政程序的步骤、顺序、期限、行为方式、程序方式等几个方面展开讨论。第八章研究违反法定程序与其他诉讼审查标准的关系,第九章涉及的是目前立法中最困难的题目:程序违法的法律责任问题。一旦将案例集中分析,真正体会到了“生命

之树常青”的含义,个案的无限复杂多样,大大开拓了理论研究的视野,为实务工作提供了丰富营养,相信也将对立法工作有所裨益。

我们深感这是一次有益的尝试,自觉从中受益良多,但既是尝试,必有不足,且新案还在不断诞生,希望以后有机会再修正补充。

应松年

2005年劳动节前夕

目 录

第一章 行政程序	1
一、行政程序概念的辨析	1
二、行政程序的内容	15
第二章 法定行政程序	36
一、法定行政程序的范围	36
二、法定行政程序的标准	65
三、不同行为中的法定程序	93
第三章 步骤与法定程序	108
一、步骤的一般意义	108
二、形成步骤	116
三、涉权步骤	124
四、步骤与行政行为的真实性 和正确性	135

五、步骤与秩序	148
六、步骤与法律原则	157
七、步骤与法律明确规定(或禁止性规定)	164
八、不同阶段的步骤	167
 第四章 顺序与法定程序	170
一、顺序的一般意义	170
二、顺序与行政行为的产生	176
三、顺序与当事人的权利	191
四、顺序与行政行为的真实性和正确性	201
五、顺序与行政秩序	201
六、顺序与法律原则	208
七、顺序与法律的明确规定	211
 第五章 期限与法定程序	216
一、期限的一般意义	216
二、期限与行政机关作出行政行为的权力	227
三、期限与当事人的权利	230
 第六章 行为方式与法定程序	241
一、行为方式的一般意义	241
二、集体讨论决定方式与法定程序	246
三、书面形式与法定程序	255
四、固定格式与法定程序	263
五、行为种类与法定程序	271
六、送达告知方式与法定程序	282
七、禁止行为方式与法定程序	291
八、违背公正原则、真实性行为方式与法定程序	293

九、说明理由与法定程序	298
第七章 程序关系与法定程序	312
一、程序关系与法定程序概说	312
二、行政程序之间的关系	317
三、行政程序与诉讼程序的关系	324
第八章 违反法定程序与其他诉讼审查标准的关系	342
一、违反法定程序与主要证据不足	342
二、违反法定程序与适用法律、法规错误	346
三、违反法定程序与超越职权	347
四、违反法定程序与行政不作为	351
五、违反法定程序与滥用职权	355
六、违反法定程序与处罚显失公正	358
第九章 违反法定程序的后果和判决处理	360
一、违反法定程序的后果	360
二、违反法定程序行政行为的撤销	368
三、违反法定程序的确认	397
四、违反法定程序的行政赔偿	403

第一章 行政程序

一、行政程序概念的辨析

行政法学界对于行政程序概念的认识,目前还是比较一致的。这个比较一致的概念是这样的:行政程序就是由行政行为的步骤、顺序、时间、方式要素构成的行政行为过程。^①这种把步骤、顺序、时间和方式四个要素作为行政程序构成要素的理论,就是所谓的行政程序的“四要素说”。除此外,还有一要素、两要素、三要素、五要素等提法。这些对于行政程序概念的不同表达,未必都能够构成一种理论或学说,有的属于定义或表述上的不成熟,有的属于文字上的表达问题,其内容或对象范围很多实际上是一回事。例如,把行政行为的实现方式这一个要素,分别为行政行为的方式要素和行政行为的方法要素,等等。对此,我们不再分析和评论。

但有实质性区别的观点还是不当忽略的。有的学者对于行

^① 应松年主编:《行政法学新论》第487页,中国方正出版社1999年1月版。其实,这样的表述随处可见。如皮纯协主编:《行政程序法比较研究》第5页,中国人民公安大学出版社2000年6月版;王万华著:《行政程序法研究》第2—6页,中国法制出版社2000年11月版;杨解君著:《行政违法论纲》第183页,东南大学出版社1999年12月版,等等。

政程序的定义实际上提出了一种不同于“四要素说”的观点或理论,或者试图对“四要素说”作某种程度的突破。章剑生在他的早期著作中是这样定义行政程序的:“简言之,行政行为的程序,即行政主体在依职权所实施的、影响行政相对人权利和义务时应当遵循的基本原则、步骤和方法所构成的一个连续过程。”^①很显然,这种观点把行政行为应当遵循的基本原则也纳入了行政程序的概念中,这不是“四要素说”所能够包括的。杨寅在其著作中说:“行政程序法可以理解为调整行政权力运作的方式、步骤、顺序、时限与过程的成文规范或者其他种类的规则、原则、判例等。”^②我们注意到,他把过程因素和非成文规范的原则、规则等作为了行政程序(法)的内涵,这也是不同于目前行政法学界通说的。

行政行为的步骤、顺序、时间(或期限)和方式,确实是行政行为程序的内容,是不同于实体内容的行为形式范畴。但是,只是把这四要素定义为行政行为程序的全部内容,这种观点的正确性和全面性是值得怀疑的。下面,我们从立法、司法、理论三个方面来分析。

德国 1997 年《行政程序法》的主要内容是:第一章适用范围、地域管辖、职务协助;第二章行政程序一般规定,包括行政程序的基本原则等方面的内容;第三章行政行为,包括行政行为的形式和行政行为的效力;第四章公法合同;第五章特别程序分类,包括要式行政程序和确定规划程序;第六章法律救济程序;第七章名誉职务的工作、委员会;第八章结束规定,主要是法律适用范围等方面的内容。西班牙 1958 年《行政程序法》的主要内容有:第一编行政组织,包括行政组织的一般原则与管辖权、合议制机关、权限冲突、回避;第二编利害关系;第三编行政作用,包括一般原则、一般行为(要件和效力)、期间、报告及记

① 章剑生著:《行政程序法学原理》第 2 页,中国政法大学出版社 1994 年 2 月版。

② 杨寅著:《中国行政程序法治化》第 78 页,中国政法大学出版社 2001 年 11 月版。

录、文件受理及登录;第四编程序,包括程序的开始、发展的顺序、审理、终结、执行;第五编依行政手段的行为再审查,主要是规定行政复议等救济程序;第六编特别程序。日本 1993 年《行政程序法》的主要内容有:第一章总则;第二章对申请的处分;第三章不利益处分;第四章行政指导;第五章申报;第六章补则。意大利 1955 年《行政程序法(草案)》的主要内容有:第一编行政组织,包括机关和权限;第二编行政程序,包括程序的开始、发展和终结;第三编行政行为,包括行政行为的形式、效力;第四编行政行为的审查,包括依职权再审和行政复议的审查等。葡萄牙 1996 年《行政程序法》的主要内容有:第一部分一般原则,包括一般规定和一般原则;第二部分主体,包括行政机关和利害关系人;第三部分行政程序,包括一般原则、资讯权、通知及期限、程序的开始;第四部分行政活动,包括规章、行政行为、行政合同等。^① 我们正在草拟的《中华人民共和国行政程序法》,虽然还只是一个专家意见稿,但是应当说,其内容已经反映出学界对此问题比较成熟的看法了。这个专家意见稿的主要内容是:第一章总则,包括行政程序的基本原则;第二章行政程序主体,包括行政机关、其他行使行政权力的主体、当事人与其他程序参加人;第三章行政决定的一般程序,包括程序的启动、调查、证据、陈述意见、听证、信息公开、应用自动化设备和电子文件实施的行政行为、简易程序、行政决定的成立、行政决定的效力、期间、送达、费用;第四章行政规范性文件,包括制定程序、效力等级和公众的权利;第五章行政规划;第六章行政指导;第七章行政合同;第八章法律责任;第九章附则。

从以上这些行政程序法的立法内容上看,显然不仅仅是行政行为的步骤、顺序、时间和方式,这一点是肯定无疑的。但是,也许有人会认为,行政程序法不能等同于行政程序,行政程序法作为一部法律

^① 所有这些行政程序法典,均引自应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社 1999 年 1 月版。

文件,完全可以不限于只是规定程序方面的内容,还可以规定非程序方面的内容,如实体方面的内容等。的确如此,无论上面所列举的外国法典还是我们正在草拟的专家意见稿,都没有因为概念上的原因而限制自己的所作所为;相反,人们把一些与程序相关的非程序内容、与程序共同享有的原则规则,甚至是一些与程序毫无关系的内容,也都统统放进了行政程序法典之中。例如,有关行政机关或行政主体的权限问题,不属于行政程序的范畴,但是大多数行政程序法典都规定了这一内容。又例如,有关行政行为的效力问题,也是这些行政程序法典的重要内容。其实,行政行为效力问题,既涉及行政行为的程序,也涉及行政行为的实体。行为生效的状态和作用,可以归入行为程序范畴,行为生效、无效、可撤销的理由和条件等,则不能归入程序范畴而应当属于实体规则。再例如,行政合同的内容,在大陆法系国家的行政程序法典中大多有规定,其中大部分内容是行政合同的实体规则而不是程序规则。但是,这些内容在别的立法中可能放得进去,也可能放不进去,作为行政机关实施行政管理的一种行为方式(合同管理方式),行政合同在此找到了自己的“切入点”,进入了行政程序法典中。这可以说是以程序之名而大行实体之实。^①

然而,即使我们剔除了以上这些因素和内容,行政程序法中还是有相当多的“不明物”。这些“不明物”,既不属于实体方面的内容,也不属于行政行为的步骤、顺序、时间和方式,换句话说,它们或许应当是程序的内容,但理论通说在概念上并没有接纳它们。大概没有人怀疑诸如比例原则、参与原则、正当合理性原则、明确性原则等这些行政程序法中规定的原则,不仅是程序法的原则,而且也是行政行为实施过程必须遵循的基本原则,是人们衡量行政行为程序是否正确合法的规则 and 标准,如果行政行为不遵守这些

^① 其实,我们的行政程序法草案规定行政合同的根据,恐怕也有这种“人为”的明显痕迹。

原则,人们可以判定为程序上的违法。又例如,行政程序的当事人和其他利害关系人,有不同程度参与行政程序的权利,如果行政机关没有尊重他们的参与权利,没有让利害关系人参与到整个行政程序中来,完全在他们不知道的情况下决定了与他们的权利义务有关的事项,他们会抱怨这种程序是不公正的,人们也会自然而然地得出侵犯他们程序权利的结论。这里,利害关系人参与程序的权利和机会,应当成为行政程序的内容,但这不是四要素中的任何一个要素。所以说,从立法规定上看,四要素并不能概括行政程序的全部内容。

《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)规定的司法审查行政行为的标准中,有所谓的违反法定程序标准。这样,行政诉讼的实践也能为我们的命题提供相应的实践支持。请看以下案例:

2002年4月,某电子公司与某质量技术监督局签订一份《安装工程施工合同》。合同约定电子公司负责为质量技术监督局办公楼安装局域网,工程造价6.66万元,承包方式为包工包料。合同签订后,电子公司即着手进行工程安装。施工中,该质监局对工程材料质量进行监督检查,后以工程材料系假冒产品为由作出行政处罚决定,责令停止销售假冒产品,没收违法销售的假冒产品,并处罚款8.6万余元及没收违法所得1万余元。电子公司不服质监局处罚诉至法院。法院经审理认为,被告在对原告所作的行政处罚决定书中,认定原告的行为系销售行为,因《安装工程施工合同》中载明了包工包料,所以被告对该行为的认定缺少事实根据和法律依据。同时被告对原告处以没收违法所得的行政处罚,当时,工程款并未结清,因此被告认定原告违法所得1万余元并处以没收违法所得的处罚缺少事实依据。被告认定原告违反产品质量法第三十九条,依据产品质量法第五十条进行处罚,属于主要证据不足,适用法律不当。依据行政

诉讼法第五十四条有关规定,判决撤销被告所作行政处罚决定。^①

很遗憾,这个案件的判决只是以主要证据不足和适用法律不当两个理由撤销了质量技术监督局的处罚行为,完全没有涉及行政程序上的一个重大规则,即对回避规则的违反。质量技术监督局在本案中,既是合同的一方当事人,又是作出行政处罚的执法机关,显然已经违背了“任何人不能作自己案件的法官”这条行政程序的基本要求,即质量技术监督局应当回避而没有回避,违背了回避的程序规则。有文章作者在分析上述判决时说:“此际其行政处罚决定认定事实是否清楚、适用法律是否正确已不重要,因为经过非正当程序获得的结果不可能是正当的,也是违反回避制度要求的。”^②我们要说明的问题在于:这个案件中涉及的回避规则(制度),是所有司法诉讼和行政执法程序必不可少的内容,法院是这样,行政机关也是这样。^③当然,现行回避制度的规定,多是针对个人而不是针对机关的,从制度规定层面也许没有认定违法的条文,但是,从原则、精神和理性层面来看,确实有违反公正之嫌。

我们再来看看法院以违反法定程序为理由处理的案件:

公民王某是个体工商户,1992年6月,王某向所在的街道办事处申请经营2台电子游戏机的文化经营许可。6月12日,该区文化局批准了王某经营2台电子游戏机的申请,发给王某文化经营许可证,有效期为1992年12月30日。在此期间,王某扩大经营至5台游戏机,但未交管理费。1992年12月25日,王某书面申请办理经营5台电子游戏机的文化许可证,但未

^① 见《人民法院报》2003年4月27日。

^② 见《人民法院报》2003年4月27日。

^③ 尽管行政的程序与司法的程序不可能完全相同,但是在回避制度上不当有区别,因为行政官员和行政机关的利害关系,与法官和法院的利害关系并没有什么不同。

获得批准。1993年9月17日,该街道办事处会同公安派出所、工商所等单位联合对文化市场进行执法检查。街道办事处要求王某交付经营5台电子游戏机的管理费3250元,并出具尚欠2750元的欠单一张。后来,街道办事处经向文化局请示后,以文化局的名义作出处理决定,令王某停止营业,至交清所欠费用及补办经营手续后,方可继续经营。王某对此决定不服,向法院提起行政诉讼。在起诉状中,王某称街道办事处主任宋某的妻子在该区域经营另一家电子游戏厅,效益没有他经营的好,宋某有借机整治他的嫌疑。法院经过调查发现,宋某的妻子所开办的电子游戏厅就在王某的游戏厅的对面,由于王某经营方式比较灵活,生意比对面的游戏厅要好得多。对面的游戏厅也存在增加游戏机数量且未办理文化经营许可证的情形,但在执法检查中未受到相应的处罚。法院认为,宋某作为执法人员在处理王某违法经营一案中,与该案件有直接利害关系,影响对案件的公正处理,属于应当回避而没有回避的情形,违背了回避原则,是程序违法。根据《行政诉讼法》的规定,撤销了该处理决定。^①

这里,回避成为了行政行为的程序,而且是必须遵守的程序规则,否则就构成违反法定程序。回避,是否是法定的程序,我们在此暂且不作结论,但有一点是可以明确的,即回避是程序方面的内容,是行政程序的要素之一,是有法院的行政诉讼实践认可的。而回避的内容或要求,不属于行政行为的步骤、顺序、时间或方式,也就是说,不在四要素范围内。

以上从立法和司法实践两个方面质疑了行政程序的“四要素说”,下面,我们从理论分析的角度再来看看这种学说究竟在哪些方面存在着不足或不全面。以此提供一种思考的角度和方向,相信对

^① 胡锦涛主编:《以案说法行政法篇》第130页,中国人民大学出版社1999年3月版。

我们最终得出正确结论会有帮助。

行政程序的“四要素说”存在着这样一些缺陷：

其一，它是用孤立的方法在剖析行政行为，没有顾及行政行为程序彼此之间的关系。如果我们把一个（而不是若干个）行政行为程序进行剖析的话，我们能够看到的大概也只有该行政行为的步骤、顺序、时间和方式了。但是，事实上发生的行政行为，在很多情况下并不只是一个行为，经常有多个行为交叉并存；更为重要的是，当一个行政行为发生的时候，经常会与其他行政行为和其他权力行为发生一定程度的联系，这样，就形成了此行为程序与彼行为程序的联系，即一个行政行为程序与其他行为程序的关系问题。当然，这种程序之间的关系也包括程序之间的顺序问题。例如一事不再理规则，在行政程序上说的就是行政处理程序具有法定效力，已经被处理的和正在被处理的事项，其他机关也好、处理机关也好，都不能再次启动行政处理程序，否则，首先面对的是对前次处理程序和处理行为以及正在处理的程序所具有的不可否认法定力的否定问题。^①一事不再理，也许有实体方面的要求，法院在司法审查中对于违背《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）规定的一事不两罚款的行为，也多是使用“适用法律、法规错误”这个标准理由来否定罚款行政行为的。但是，一事不再理规则，并不等于《行政处罚法》规定的一事不两罚款规则，前者比后者的内容要丰富得多，而这种丰富的内容首先就是程序意义上的，解决的是前行为程序的效力与后行为程序的效力关系的问题。所以，行政行为程序之间的关系，也应当属于行政程序的范畴。

在行为程序的彼此关系中，包含各个行为程序的先后顺序，顺序关系也是程序关系的一种。但是，我们在这里所说的顺序，是以一个

^① 关于行政行为效力问题，叶必丰曾经有过深入的研究，可以参见叶必丰著：《行政行为的效力研究》，中国人民大学出版社2002年9月版。

行政行为为一个“单位”的。“四要素说”所说的行为顺序,则是指作为一个行政行为构成部分的各个步骤或环节之间的先后顺序,是以一个行政行为的构成步骤或环节为“单位”的。显然,这有很大的差别。说一个行政行为构成部分的步骤之间的顺序,就是只涉及该一个行政行为,只对一个行政行为的构成“部件”进行法律分析,没有涉及这个行为与其他行为的程序联系。

程序之间的关系,还包括行政行为程序与其他非行政行为程序之间的关系,诸如行政程序与刑事程序的关系,行政程序与民事程序的关系,行政程序与纪律监察程序的关系,行政程序与民事仲裁程序的关系,等等。有这样一个案件可以说明问题:某公司涉嫌走私被公安机关立案侦查,涉嫌走私的汽车被公安机关刑事扣押,长达7年之久。该案件在移送检察机关以后(涉案的汽车没有随案移送),扣押汽车的公安机关考虑到汽车的报废期限为10年,如果继续扣押,会造成不必要的损失,于是采用行政没收手段先行没收,然后再拍卖,将拍卖所得款项交政府财政机构保存,将来根据案件的处理结果再来决定归属问题。但该公司对没收和拍卖的行为提起了行政诉讼,法院经过审查认为,涉嫌走私被扣押的汽车,并没有解除扣押,刑事诉讼程序没有结束,公安机关在刑事诉讼程序尚未结束和汽车被刑事强制措施扣押的情况下,进行行政没收和拍卖,违反了法定程序,于是撤销了公安机关的没收行为。这个案件的判决就是适用了行政程序与刑事程序关系的规则处理的,认为在本案中,行政程序应当在刑事诉讼程序完结之后启动,不能切入刑事诉讼程序中,或者先于刑事诉讼程序进行。法院对于这个案件的判决及其理由是否正确,不是我们今天要讨论的问题,我们所要说明的只是:行政程序与其他程序的关系,同样也是程序方面的内容,至少其中有部分内容应当属于行政行为程序的内容。

其二,它存在着静止看问题的不足,没有看到行政行为各个步骤之间的动态作用。“四要素说”也包括行为的步骤和顺序,但是,它所