



全国人大常委会法律工作委员会
行政法改革咨询项目研究成果汇编

LEGISLATIVE AFFAIRS COMMISSION OF THE STANDING COMMITTEE OF
THE NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS
ADVISORY SERVICE TO THE LEGAL REFORM IN CHINA

人大法工委

1

L A C Volume I

行政法律制度：比较法文集

SYSTEMS OF ADMINISTRATIVE LAW:
COMPARATIVE ESSAYS



中国对外经济贸易出版社

CHINA FOREIGN ECONOMIC RELATIONS
AND TRADE PUBLISHING HOUSE

行政法律制度

——比较法文集

葛 毅 高志新 主编

中国对外经济贸易出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法制度—比较法文集/葛毅, 高志新主编; 德国
技术合作公司译. —北京: 中国对外经济贸易出版社,
2002.12

ISBN 7-80181-033-3

I. 行... II. ①葛... ②高... ③德... III. 行政法
—比较法学—世界—文集—汉、英、德

IV. D912.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 083066 号

行政法制度

——比较法文集

葛 毅 高志新 主编

中国对外经济贸易出版社出版

(北京市安定门外大街东后巷 28 号)

邮政编码: 100710

电话: 010—64269744(编辑室)

010—64245984(发行部)

010—64219392(传真)

Email: cfertph@caitec.org.cn

网址: www.cfertph.com

新华书店北京发行所发行

中国农业出版社印刷厂印刷

850×1168 毫米 开本 32

20.75 印张 540 千字

2002 年 12 月第 1 版

2002 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1500 册

ISBN 7-80181-033-3

D·63

定价: 40.00 元

前 言

刚刚进入新世纪,按照全国人大常委会法制工作委员会和德国技术合作公司的协议安排,在中国北京举行了两次重要的国际研讨会,一次是2001年10月31日至11月2日召开的“行政法律制度国际研讨会”,一次是2001年12月11日至12月12日召开的“行政许可法国际研讨会”。这两次会议是在中国刚刚加入世界贸易组织、法制建设不断深入、大力加强依法行政的背景下召开的。出席研讨会的,除中国的行政法学者、全国人大、地方人大以及政府有关部门负责行政立法的官员外,还有来自德国、法国、英国、意大利、奥地利、斯洛文尼亚等国的行政法学者。中外学者聚首一堂,就建立怎样一个行政程序法律制度、行政许可法律制度可以有效地适应市场经济条件下依法行政的需要,既保障行政效率,又有效地维护公民、法人和其他组织的合法权益,展开了热烈讨论。中外学者结合立法实践分别介绍了本国的行政立法制度,围绕着热点问题相互切磋、探讨,使每一位与会者都受益匪浅。会议组织者将论文汇集出版,使更多的人享用这些成果,是一件善事。

中外法律交流,对促进中国行政法制建设有重要意义。行政立法工作,要立足于中国国情,立足于中国改革发展的实践,在中国的土壤上开花结果。同时,中国的立法又是开放的,面向世界的。国外的立法实践和有益经验不管是东方的,还是西方的;不管是普通法系,还是大陆法系,我们都是采取积极地研究、借鉴的态度,我国的行政立法一直是这样做的,且取得了显著的成效。这两次国际研讨会的成功举行就是生动的体现。

这两次研讨会达到了预期的目的,这样的交流要继续下去,这对于促进国际交流与合作,促进中国的民主法制建设都具有积极的意义。

德国技术合作公司的各位官员和与会中外有关行政法学者,对这两次会议的成功举行付出了心血。借这个论文集出版的机会,我向他们表示诚挚的谢意。

全国人大常委会法制工作委员会副主任 张春生

2002年5月25日

中德行政立法合作

联邦德国前总统罗曼·赫尔佐克先生(Roman Herzog)1996年底对中国进行国事访问时与中华人民共和国主席江泽民先生达成共识,加强中德两国在宪法和行政法领域的法律交流。在根据“赫尔佐克倡议”进行的这种合作中,中德双方的专家建立了相互信任的深厚关系,这对于双方进一步交流有着非常重要的意义,并将继续保持下去。

1999年秋联邦德国总理施罗德(Gerhard Schroeder)访华时和朱镕基总理商定,进一步深化两国间的法律对话(总理倡议)。为了促进这一倡议的实施需要集中和加强现在和未来对中国在法律方面的各种支持,在法制国家对话这方面所需的协调配合在德国将由德国司法部负责,在中国将由国务院法制办领导亲自负责。

德国技术合作公司(GTZ)受联邦德国经济合作与发展部(BMZ)的委托与中国人大常委会法制工作委员会的合作对中德两国有着非常重要的意义,因为它将会对中国致力于推动国家行政法制建设给予很大的支持。

基于上述的合作,2001年在德国施佩耶尔(Speyer)举办了行政法研讨班,在北京召开了两个行政法专门问题的国际研讨会。在这些活动中中德双方开诚布公地进行了深入的思想交流,取得了丰硕的工作成果。通过这本书,这些活动的成果将展示给更多受众。

在此请允许我向为中德合作的成功进行作出贡献的所有专家表示感谢,尤其是全国人大常委会法制工作委员会副主任张春生先生和全国人大常委会法制工作委员会办公室主任高志新先生,没有他们的鼎力支持我们的合作不可能取得这样的成功。我还要

感谢国家行政学院法学部主任应松年教授,以及各国法律学者和行政部门的工作者,感谢他们出色的演讲和在讨论中的发言。另外我还要向筹备这次出版工作的全国人大常委会法制工作委员会及德国技术合作公司的过去和现在的所有同事表示感谢。其中尤其是我的前任 Ulrich Hambuechen 先生,他在 2001 年 11 月之前担任该项目的德方协调员并做了大量实质性的工作。感谢 Barbara Darimont 女士担任本书德文翻译工作,并感谢杨佳元女士和 Holger Hanisch 先生为本书的出版所作的组织工作。

Immanuel Gebhardt

2002 年 5 月,北京

目 录

中国行政程序法的最新发展	应松年 (1)
德国行政法体系中的行政行为	Hartmut Bauer (8)
从中央国家到分散行政——现代	
法国行政法的基本特征	Jean-Marie Woehrling (21)
斯洛文尼亚公共部门的现代化(1991—2001)	
国家强制机构的情况	Bostjan Zalar (34)
政府规制与行政许可程序——保护公共利益	
与维护企业经营自主权的平衡	汪永清 (51)
国家和行政的现代化之路	Hermann Hill (61)
法国关于行政许可程序的行政	
规定	Jean-Marie Woehrling (72)
德国公务员法的基本特征和优点	Roland Fritz (89)
行政执法的现状与展望	周继东 (105)
斯洛文尼亚公共部门的现代化(1991—2001)	
社会公益与基础设施领域	Bostjan Zalar (115)
间接国家行政和行政法中	
市民社会的意义	Hermann Hill, Monika John-Koch (134)
德国法中的行政许可——高效率的和法制国家式的	
行政管理的工具	Eberhard Schmidt-Aßmann (151)
我国行政许可的现状存在的主要问题	张世诚 (175)
意大利的行政许可——多样性和	
寻求改革	Erminio Ferrari (183)
行政许可:在英国的地位	Paul Craig (197)

奥地利法中的行政许可——基本类型,

法律构建和适用领域…………… Michael Holoubek (216)

中国行政许可程序解决方案之选择…………… 马怀德 (229)

附录 作者简介…………… (239)

中国行政程序法的最新发展

应松年

—

中国的行政程序立法已经取得了相当的进展。

中国的宪法为行政程序立法提供了依据^①。众多的单行法律也建立起了许多行政程序制度^②。还有一些法律、法规规定了比较完整的单项行政程序。这些进展,相当一部分是在进入 90 年代,《行政诉讼法》实施以后所取得的。《行政诉讼法》规定,合法的具体行政行为,必须同时具备三项条件,即证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序。《行政诉讼法》将是否符合法定程序作为衡量行政机关的具体行政行为是否合法的条件之一,这就使行政程序成为实务界和法学界关注的中心点之一,极大地推动了行政程序理论研究,立法机关也将制定行政程序法纳入了视野。鉴于行政立法程序已在《立法法》等法律、法规中原则解决;行政救济程序,包括行政诉讼和行政复议都已单独立法,因此,中国的行政程序法将以规范具体行政行为的程序为主,与德国行政程序法的调整范围大致相当。

但是,中国毕竟缺乏行政程序的本土资源,人们的程序意识淡薄,重实体轻程序现象普遍存在;法律对行政程序的规定数量少,且大都十分简单,缺乏可操作性;理论研究滞后,对国际上行政程序立法的理论和实践也研究不够,因此,要立即制定一部统一的行政程序法的条件还不成熟。立法部门决定先对建立市场经济体制过程中我国最常用的一些具体行政行为,诸如行政处罚、行政许

可、行政强制等,个别制定行政程序法律制度,“为制定统一的行政程序法创造条件^③”。

二

1996年颁行的《行政处罚法》,是中国行政程序立法取得新进展的重要标志。

第一,行政处罚法以近一半的篇幅规定了行政处罚程序,将立法重心放在程序上,这在中国立法史上还是很少见的。

第二,行政处罚法将行政处罚程序分为两大部分。一部分为处罚的决定程序;另一部分为执行程序。

在决定程序中,首先,第一次在立法中将决定程序又分为简易程序和一般程序,使民主原则和效率原则得以兼顾。并将表明身份、听取意见、回避、调查、调查与决定分离等重要的法律程序制度化。其次,在中国第一次规定了听证程序,这是中国立法的重大突破。此后,《价格法》、《立法法》等都在不同领域里引入了听证制度,它将对行政程序法的发展继续产生重大影响。

在执行程序中,建立了裁决与执行分离和简易执行等制度。

第三,值得注意的是,行政处罚法进一步探索了行政机关在程序违法后应承担的法律责任问题。在一个不重视程序的国家里,如何追究程序违法的法律责任,是一个十分重要的问题。

行政处罚法规定的程序虽然仅是规范行政处罚的程序,但由于行政处罚在中国行政实践中所占据的重要地位,以及行政处罚法有关程序规定的先进、完善而又切实可行,使这一整套程序在中国此后的理论研究和立法、执法实践中都产生了极为重大而深远的影响。因此,我认为,如果将《行政诉讼法》视为中国行政程序法发展的第一块里程碑,那么,行政处罚法则是第二块里程碑。

三

司法实践对中国行政程序发展的促进作用无疑是十分重要的。自《行政诉讼法》实施以来,经过几年的实践,单独以程序违法或实体与程序都违法为由提起行政诉讼的案例已不在少数,相当一部分案件都被法院判为具体行政行为违法而撤销。这对于提高行政机关工作人员的程序意识起了很好的作用。但是,通过形形色色具体案件的审理,也提出了许多亟待回答和解决的问题。突出的是程序违法的法律责任问题。《行政诉讼法》规定:具体行政行为程序违法的,可以撤销、部分撤销,并可判决重做。是否所有程序违法案件,不管其违法的严重程度如何,都要判决撤销?也就是说,程序是否有重要和次要之别;因程序违法判决撤销后,是否都可判令行政机关重做,重做时没有任何限制,甚至可以与前一具体行政行为的实体决定完全一样?以至使程序违法的判决变得毫无意义;是否可判决不得重做或有其他使行政机关承担违法责任的办法等等。《行政处罚法》曾规定,对违反法定程序的,可以对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。实践表明,自1996年至今,还没有一位行政工作人员因违反处罚程序而受到行政处分,根据中国的体制,法院对此也无能为力。

四

十几年来,行政程序的理论研究也取得了长足的进展。专题论著显著增加,学士、硕士、博士有多人以此为论文主题;国家、省、市、部、委也常以此题为研究基金项目。研究者的队伍正在逐步扩大,而研究的内容也几乎涉及行政程序的所有领域。已有不少具有精到见解的好论文、好著作。与此同时,研究和介绍国外行政程序立法与实践也成为国人关注的对象。我们已经翻译了世界各主

要行政程序法典,并对其新的修正进行追踪报告。对各国行政程序方面的实际操作,也有所了解。理论研究上的深入和开拓,为正在发展的中国行政程序立法奠定了基础。

五

我在前几年一次中德学术研讨会的报告中曾说过“21 世纪的第一个十年,将是中国行政程序立法的高潮时期”,事实正是如此,按照中国立法机关的原定计划,起草单项行为的行政程序立法,如行政许可法和行政强制法草案,正进入高潮。与行政处罚不同,行政许可作为一种授益处分,在实践中其程序设置,包括条件与过程,相当混乱,条件、时间常很不明确,内部程序外化为审批程序,以至一个许可常常要盖数十个甚至上百个公章等等,严重影响公民权益和社会经济发展。行政许可立法在世界范围实属创见,其起草的难度是可想而知的。行政强制法则由于我国采取了与两大法系强制制度都不完全相同的做法,因而在程序设置上也有相当的难度。这两部草案都正在全国范围内进行广泛讨论,有望在今明两年内出台。对这两部草案的广泛讨论,实际上也是普及程序法制意识的一次活动。

中国行政程序立法的最终目标是要制定一部行政程序法典。我们的有利条件是,世界上已有很多国家制定了行政程序法典,可资借鉴。各国法律界的朋友们也都很愿意帮助我们的立法研究工作;我们已经有了制定行政处罚程序、许可程序和强制程序的经验;行政和司法实践提供的具体鲜活的诸多资料,使立法视野更为广阔而细致;尤其重要的是,国内要求制定行政程序法典的呼声很高,人们的程序意识正在提高,因此,制定行政程序法典的条件正日趋成熟。归纳法学界的意见,我个人认为,行政程序法的起草研究工作,可以从确立框架开始。在经过广泛的讨论,初定框架之后,再进而考虑具体条文。这样做也许将收到加快立法进程之效。

中国行政程序法的框架可否作这样的考虑:第一,总则。规定立法宗旨、适用范围和基本原则。基本原则将是本章的重点和难点。第二,行政程序的一般规定。一般规定与特殊规定相对。一般规定按行政程序的流程作出规定。大致可分为行政机关、相对人、回避、申请和受理、检查与调查、听证、证据、信息公开、决定、送达与期间、执行、简易程序、费用、公文简化和自动化等部分。其中有些部分,如申请和受理、检查与调查等应力求与正在起草的行政许可法和行政强制法相衔接。第三,特殊规定。主要对某些特殊类型的行政行为分别作出规定。大致有:行政决定、行政规范、行政规划和计划、行政合同、行政指导等几类。

注:

① 我国宪法第2条第3款规定:“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”这一规定是行政程序法上参与原则的宪法依据。宪法第33条第2款规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这一规定是行政程序法上公正原则的宪法依据。宪法第27条第1款规定:“一切国家机关实行精简的原则,实行工作责任制,实行工作人员的培训和考核制度,不断提高工作质量和工作效率,反对官僚主义。”这一规定为行政程序法的效率原则提供了依据。宪法第27条第2款规定:“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务。”这一规定为建立行政程序法听证制度奠定了宪法基础。宪法第41条规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利,但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这一规定是行政程序法上参与原则和复审原则的宪法依据。

② 我国法律、法规已经建立起一些行政程序制度,这里,作列举说明。抽象行政行为的程序制度:

1. 听取意见制度。2000年3月全国人大通过的《中华人民共和国立法法》第58条规定:“行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式”。

2. 起草审查制度。立法法第59条规定:“行政法规起草工作完成后,起草单位应当将草案及其说明、各方面对草案主要问题的不同意见和其他有关资料送国务院法制

机构进行审查。”

3. 公布制度。立法法第 61 条和第 62 条规定:行政法规由总理签署国务院令公布。“行政法规签署公布后,及时在国务院公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。”

具体行政行为的程序制度:

1. 表明身份制度。1985 年 9 月 6 日全国人大常委会通过的《中华人民共和国居民身份证条例》第 13 条第 2 款规定:“执行任务的公安人员在查验居民的身份证时,应当出示自己的工作证件。”1995 年 7 月 20 日国务院发布的《中华人民共和国公民出入境边防检查条例》第 12 条规定:“口岸检查、检验单位的人员需要登船执行公务的,应当着制服并出示证件。”

2. 告知制度。1996 年修订的《中华人民共和国刑法》第 64 条规定:“公安机关拘留人的时候,必须出示拘留证。拘留后,除有碍检查或者无法通知的情形以外,应当把拘留的原因和羁押的处所,在 24 小时以内,通知被拘留人的家属或者他的所在单位。”第 71 条规定:“公安机关逮捕人的时候,必须出示逮捕证。逮捕后,除有碍侦查或者无法通知的情形外,应当把逮捕的原因和羁押的处所,在 24 小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。”

3. 说明理由制度。1996 年 3 月全国人大通过的《中华人民共和国行政处罚法》第 31 条规定:“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利。”

4. 回避制度。行政处罚法第 37 条第 3 款规定:“执法人员与当事人有直接利害关系的,应当回避。”

5. 合议制度。行政处罚法第 38 条第 3 款规定:“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。”

6. 听证制度。行政处罚法第 5 章第 3 节专门规定了“听证程序”,其中第 42 条规定:“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。”

7. 审执分离制度。行政处罚法第 46 条规定:“作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离。”国务院于 1997 年 11 月发布了《罚款决定与罚款收缴分离实施办法》。

8. 复议制度。1989 年 4 月全国人大常委会通过的《中华人民共和国行政诉讼法》第 6 条规定对 11 种行政行为,当事人可以申请行政复议。行政复议法规定了行政机关进行行政复议的程序。

9. 司法审查制度。1989 年 4 月全国人大通过了《中华人民共和国行政诉讼法》。此前,我国已有一百二十多个法律、法规规定,不服行政机关决定或裁决的,可以向人

民法院提起行政诉讼。行政诉讼法规定,对具体行政行为,当事人不服的,可以提起诉讼,进一步扩大了人民法院受理行政案件的范围。

10. 顺序制度。1994年5月全国人大常委会修订的《中华人民共和国治安管理处罚条例》第34条规定,除了公安人员可以当场予以处罚的以外,对违反治安管理的人的其他处罚应适用以下程序:(1)传唤;(2)讯问;(3)取证;(4)裁决。这一规定确定了处罚程序的顺序,颠倒顺序是违法的。

11. 时限制度。这是在法律、法规中规定得比较多的一项行政程序制度。例如1994年7月国务院批准修订的《中华人民共和国公民出境管理法实施细则》第5条规定:“市、县公安局对出境申请应当在30天内,地处偏僻、交通不便的应当在60天内,作出批准或者不批准的决定,通知申请人。”

③ 李鹏:2001年3月九届全国人大第四次会议:《全国人大常委会工作报告》。

德国行政法体系中的行政行为

Hartmut Bauer

一、作为行政法理论体系中心的法律形式学说

在德国行政法体系中,行政行为的法律形式学说长期以来一直发挥着重要的作用。法律形式学说的任务是,将形形色色、纷繁复杂、有着特殊的法律要求并且能够引发特定法律后果的行政活动根据其表现形式分成若干类型。具体包括:行政法规,规章,行政规定,行政行为,行政合同,事实行为等等。——这些都是被类型化了的行政机关的行为方式,使用这些方式总是必须满足特殊的法律前提并引起特定的法律后果。如果某一行政行为被归入这些法律形式中的一种,则可以从中推导出诸如相关的法律制度,应当遵循的程序,正确的通知方式,某些情况下的形式要求,存续力,法律途径,行政诉讼的种类等问题的答案。如果一项具体的行政活动被界定为行政行为,那么通常情况下随之要说明的还有应当遵守的程序规定,具有执行名义功能并产生法律约束力的调整性质,存续力以及需要考虑的包括撤销诉讼、负担诉讼甚至某些情况下的确认无效诉讼的诉讼种类。

将行政活动归入类型化的法律形式是基于以下考虑:一方面,法律形式的提供减轻了行政机关的日常工作,行政机关在履行其职务时不必再于每个个案中才来寻求法律工具,而可以直接依赖于对规范化的、理论上发展完备的法律形式的运用;这使得行政机关能够顺畅、有效、合理、合法地履行其职务。另一方面,法律形式在法律实践中对法律适用及权利实现的过程有重要的“减负功

能”,因为没有必要在每项行政活动中都重新提出原则性的事实和价值问题。执法者只需将某一行政活动归入得到认可的法律形式之一即可从中推导出前文提到的法律准则,应当遵守的原则等等。不仅如此,法律形式还起到法治国家对公民的保护作用,因为它反对行政独裁并且为法律保护提供连接点。

二、行政行为的功能

这一切也标志着,在德国行政法实践中行政行为具有中心意义。在行政现实中,还没有任何一个特别行政法领域中没有行政行为,也没有任何一个行政部门不作出行政行为。除了传统的担保法,地方法和建筑法的适用领域外,这一点主要体现在现代社会管理和金融管理方面的大量事务上;此外,它也体现在诸如计划行政法,经济行政法以及环境行政法等复杂的调整情形中。全德国每天要作出成千上万个行政行为——行政行为是行政活动最经常采用的形式。

行政行为的这种突出地位很容易解释。从行政机关的角度出发,行政行为是行政机关为了迅速、合理地完成任务而采取的一种便利的行为方式,因为它能够单方面作出行政行为并且以此对有关待决个案的法律情况进行具体化并使之具有法律约束力。从公民角度出发,行政行为为公民参加行政程序和保护其权利提供了出发点:如果预备作出一项行政行为,则在此之前原则上需要当事人的参与。如果行政行为已经作出,则被该行为加重负担的公民可以借助法律救济予以反对。学术文献普遍援引行政程序法(VwVfG)第35条的法定解释以及其他相关规定将行政行为的诸种法律特征概括为五项功能:

(一)行政程序法方面的功能

在对行政行为的作出和实施进行程序方面的考察时,(会发现)行政行为具有程序法上的功能。如果行政机关想要作出行政