

行政程序法立法研究丛书

全国优秀博士学位论文作者专项资金资助项目

“外国行政程序法研究、中国行政程序法立法设想与论证”课题成果之四
丛书主编：王万华

外国行政程序法研究

WAIGUO XINGZHENG CHENGXUFA YANJIU

张兴祥 刘飞 朱芒 何海波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政程序法立法研究丛书

全国优秀博士学位论文作者专项资金资助项目

“外国行政程序法研究、中国行政程序法立法设想与论证”课题成果之四

丛书主编：王万华

外国行政程序法研究

WAIGUO XINGZHENG CHENGXUFA YANJIU

张兴祥 刘飞 朱芒 何海波 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外国行政程序法研究/张兴祥等著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 3

(行政程序法立法研究丛书/王万华主编)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1794 - 5

I. ①外… II. ①张… III. ①行政程序 - 程序法 - 研究 - 外国 IV. D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 033617 号

策划编辑 张岩

责任编辑 陈晟

封面设计 周黎明

外国行政程序法研究

WAIGUO XINGZHENG CHENGXUFA YANJIU

丛书主编: 王万华

著者/张兴祥等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/7.5 字数/174 千

版次/2010 年 3 月第 1 版

2010 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1794 - 5

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066620

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

丛书主编简介：

王万华

女，生于1973年4月，侗族，贵州省锦屏县人，中国政法大学诉讼法学研究院教授、博士生导师。1989年至1999年在中国政法大学相继获得法学学士、行政法学硕士、行政诉讼法学博士学位。1999年至2001年在中国社会科学院法学研究所博士后流动站从事行政法研究。2000年10月至2001年9月在英国Warwick大学法学院作访问学者。迄今，出版独著《行政程序法研究》与《中国行政程序法立法研究》2部，发表《论我国尽早制定行政程序法典的必要性与可行性》、《行政程序法的立法架构与中国立法的选择》、《行政程序法的内容分析及中国立法的选择》等论文40余篇。博士论文《行政程序法研究》获2001年度“百篇全国优秀博士学位论文”。

前 言

二十世纪在世界范围内出现了行政程序法典化的浪潮，包括我国台湾地区、澳门特别行政区都已制定了行政程序法。尽管不同国家行政管理的实际状况和法律文化传统有所差别，但程序法治的基本要求是具有普世性的。此外，行政管理的专业性带来的对于技术理性的共同需求也使得不同国家的行政程序法制具有更多的相似性，从而相互具有很高的借鉴价值。因此，了解其他国家的行政程序法对于中国行政程序法典的制定具有十分重要的意义。基于此，课题主持人力邀留学海外的几位行政法学青年才俊分别撰写了美国、德国、日本的行政程序法，以及英国行政程序法上的听证制度。之所以选择美国、德国是因为美国与德国分别为程序型立法和程序实体并存型立法的代表性国家，这两个国家的立法对其他国家的立法影响最大。选择介绍日本是因为日本与中国同为亚洲国家，尽管日本近代提出脱亚入欧的口号，且其法律体系在二战后由于美国的占领较之战前发生相当大的变化，但日本是传统大陆法系国家，又在文化上与中国有着极深的历史渊源，因此，日本的法律制度对于中国仍然具有借鉴意义。英国虽然没有制定统一行政程序法典，但由于其为正当法律程序的发源地，探讨程序法治无疑绕不开这个有着悠久普通法传统的国度。

与现有的关于外国行政程序法研究不同的是，本书并不限于、且不将程序法制度作为重点而展开论述。各章作者通过第一手外文资料向我们详尽描述了各国制定行政程序法的背景、立法过程中争论的焦点，以及法典制定后发生的变化和发展，更多揭

2 外国行政程序法研究

示的是法典背后发生的事件，以使我们了解到这些国家的行政程序法典之所以作出如此规定的原因和理由。这些国家立法过程中要解决的问题和遇到的争论之大多数在实际上也是我国立法中同样面临的，本书的研究对于我们如何解决这些问题无疑开拓了视野，也提供了解决问题的参照系。

本书是“外国行政程序法研究、中国行政程序法立法设想与论证”课题的成果之四。各位作者早已完成各自的研究工作，只是由于等待主持人承担的课题成果之五《中国行政程序法立法设想与论证》的完成以共同出版，延至今日才得以出版。在此，既要向兴祥博士、刘飞教授、朱芒教授和海波教授加盟课题组表示感谢，也要向他们表示深深的歉意，感谢各位同仁的辛勤付出和足够耐心的等待。

王万华

二零零九年十二月十日于北京蓟门桥

作者分工及简介

本书各章分工如下：

第一章 美国《联邦行政程序法》的制定与发展

作者：张兴祥，男，中国政法大学法学博士，曾在国务院法制办公室从事多年行政立法工作。国外学习访问经历：美国耶鲁大学法学硕士（2005年）；中国-欧盟法律与司法合作项目律师和法律工作者参加者（2002年-2003年）；美国耶鲁大学法学院访问学者（1999年）。

第二章 德国《联邦行政程序法》要论

作者：刘飞，男，2003年获德国科隆大学法学博士学位，现为中国政法大学法学院副教授。

第三章 日本《行政程序法》

作者：朱芒，男，浙江大学法学博士，现为上海交通大学法学院教授。日本留学经历：1991年10月，日本国京都大学研究生院法学研究科公法专业（行政法方向）进修；1995年3月，同大学同专业博士前期课程毕业（法学硕士）；1998年12月同大学同专业博士后期课程毕业。

第四章 英国行政法上的听证

作者：何海波，男，北京大学法学博士，现为清华大学法学院副教授。曾经就读于英国杜伦大学（University of Durham，2003年-2004年），获法学硕士学位（MJ），访学于耶鲁大学法学院中国法中心（2007年-2008年）。

目 录

前 言	(1)
第一章 美国《联邦行政程序法》的制定与发展	(1)
第一节 联邦《行政程序法》的产生背景： 行政国家的兴起	(1)
第二节 联邦《行政程序法》的产生原因： 规制行政权的扩张	(10)
第三节 行政程序法立法的理论准备	(18)
第四节 联邦《行政程序法》的制定	(24)
第五节 《行政程序法》的发展：旧框架 不断注入新内容	(43)
第六节 结论	(62)
第二章 德国《联邦行政程序法》要论	(63)
第一节 《行政程序法》的立法经过和主要争议	(64)
第二节 《行政程序法》的立法构架及其基本内容	(77)
第三节 《行政程序法》的适用范围	(84)
第四节 行政程序中的各方主体	(94)
第五节 行政程序的种类	(97)
第六节 行政程序的进程	(102)

第三章 日本《行政程序法》	(111)
第一节 日本行政程序法律制度的概况	(111)
第二节 行政程序法中的总则规定	(115)
第三节 审查基准、处分基准的设定和公开	(120)
第四节 意见陈述程序（听证、辩明等程序）	(131)
第五节 理由附记（理由明示）	(154)
第六节 文件查阅	(158)
第七节 行政指导的行政程序	(162)
第八节 申报的行政程序	(164)
第九节 结语	(168)
第四章 英国行政法上的听证	(169)
第一节 从自然正义到程序公正	(170)
第二节 听证的适用范围	(184)
第三节 听证的方式	(198)
第四节 违反程序公正原则的后果	(221)
第五节 对中国的启示	(229)

第一章 美国《联邦行政程序法》 的制定与发展

第一节 联邦《行政程序法》的产生背景： 行政国家的兴起

一、美国建国初期：强议会弱行政

美国建国初期，议会在国家政治架构中居于强势地位。以总统为代表的行政系统不过是民意代表机关——议会所制定的法律的执行者，是法律意志的传输器，其权限及运作受到法律的严格限制。我们现在通称的三权分立，一般指立法、行政、司法之间的分权。但是，美国宪法对三权的表述分别采用立法权（legislative powers）、执行权（executive powers）、司法权（judicial power）的表述，并未采用行政权（administrative power）这一词语。执行是指执行国会制定的法律。美国《联邦宪法》第3条第三款规定，总统负责确保法律的切实执行；也就是说，总统及其领导下的行政系统只不过是按照法律的规定实施执行行为（execution）而已。“执行行为与行政行为的区别可以从公共工程管理局与退伍军人管理局的比较中看出。二者都具有分配政府福利的职能。但是，公共工程管理局只不过是执行法律的明确规定，个人在规定的情形下享有申请救济的权利；它不发布有关其如何执行有关法律或者限制其裁量权的规章。退伍军人管理局则可以制定规章实施法律，通过相对正式的听证程序裁决个人的权利。公

共工程管理署并未被看作是行政机关”^①。

理解美国建国初期的政府权力架构及其运作，需要将其置于当时的民主政治背景之下去考虑。杰弗逊派的共和党人信奉多数人之治，主张对公民的具体自由或者自然权利通过权利法案予以宣示与保障，以抵制政府的干预；对那些不是绝对受到保护的权力，政府也只能遵循法定程序进行干预。而麦迪逊派的联邦党人则强调自由的政治价值，要求对多数派的统治施加更加严格的限制。联邦党人认为，仅仅提供自由与公开的讨论以及正当程序并不能总是确保在多数人之治时能够作出理性的决定。因此，他们引入了分权原则，将政府权力分为三类：立法、执行与司法，为防止政府权力被滥用，每一种权力都由分别的、平等的、独立的机关去行使^②。在分权原则下，宪法需要设定各政府机关行使权力的条件，以防止立法者、执行者与司法者每一方在侵入他方领地时可能产生的利益冲突。通过这种方式，分权原则成为有限政府的基石。根据经典的民主制观念，只要法律的执行机关其运作契合代议制政府、法治以及分权原则的这些精神，就符合了民主原则。因此，行政机关必须向民选官员负责，按照正当程序运作，并且不能兼有立法、执行与司法职能^③。

行政国家的正当化到十九世纪后期才成为一个议题。此前联

① 《司法部长行政程序委员会最终报告》(Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Administrative Procedure in Government Agencies, S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess. 1 (1941), 以下简称《行政程序委员会最终报告》), 第11页。

② William Gwyn, The Meaning of the Separation of Powers 127-8 (1965), 转自 R. Pierce, S. Shapiro, P. Verkuil, Administrative Law and Process (3rd ed., New York, Foundation Press, 1999), p. 26.

③ R. Pierce, S. Shapiro, P. Verkuil, Administrative Law and Process (3rd ed., New York, Foundation Press, 1999), p. 25.

邦政府较少行使规制权力^①，行政机关经国会法律的授权得到非常有限的权力，且法律往往对这些权力的行使有合理、明确的限制^②。行政机关的权力及范围可以从美国联邦政府为数极少的政府部门及其职能中窥一斑知全豹：第一任联邦国会在其第一次会议上制定了三部授出重要行政管理权的法律，其中两部法律是由财政部、海关署实施的法律的先驱^③，另一部有关补助金的法律现由退伍军人管理局实施^④。1790年，一项促进有使用价值的工艺进步的法律应运而生，这成为此后负责专利申请、批准及登记的（商务部）专利事务办公室执法依据的前身^⑤。1796年，一项批准建立与印第安人部落交易的法律成为1849年成立的设在内政部的印第安人事务管理局的法源。税务局的成立则源自1862年7月1日的法律，根据该法成立了税收专员署。这一时期成立的另外六个行政机关是：总土地办公室、（商务部）海事监督与航行局、（国务院）护照服务机构、（国防部）总工程师办公室、货币监理署、第三助理邮务总监办公室。

从建国初期到州际商务委员会的成立，美国联邦政府行政系统规模小、权力弱，且都有法律的明确规定作为依据，可以称得上是“法律之下的行政”。此阶段的行政法制具有以下四个特点^⑥：其一，行政行为有立法机关的授权且有法规限制；其二，

① 对建国初期美国联邦政府及其运作的详细分析，参见 Jerry L. Mashaw, *Recovering American Administrative Law*: Federalist Foundation, 1787—1801, 115 *Yale L. J.* 1256 (2006) .

② S. Breyer, R. Stewart, C. Sunstein & S. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy* (4th ed., Aspen, 1998), pp. 16—17.

③ Act of July 31, 1789, 1 Stat. 29 (1st Cong., 1st Sess.), Act of September 1, 1789, 1 Stat. 55 (1st Cong., 1st Sess.) .

④ Act of September 1, 1789, 1 Stat. 95 (1st Cong., 1st Sess.) .

⑤ Act of April 10, 1790, 1 Stat. 109 (1st Cong., 2nd Sess.) .

⑥ Richard Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1669, 1971—75 (1975) .

联邦政府行政系统采用的做出决定的程序必须确保其遵守立法机关的授权要求；其三，司法审查的可得性，以确保行政系统采用无偏见及准确的行政决定程序且遵守立法机关的要求；其四，行政决定的程序必须有助于司法审查。这些主题符合代议制政府、分权与正当程序等民主价值。斯特亚特教授将这四个特点与传统的民主价值的关系概括为“传送带理论（transmission - belt thesis）”^①，如果四个方面都做到了，行政机关实际上只是国会政策决定的传送带而已。

十九世纪后半期对私人经济活动的行政控制是美国现代行政法在其发展过程中迈出的第一步。这种发展首先在州政府层次出现，以对铁路以及其他自然垄断行业的利率规制为主。这一时期，在州以及地方政府出现了独立于立法、执行与司法机关以外的独立规制机构。较有名的是1869年成立的对铁路业进行规制的马萨诸塞州铁路理事会，在查尔斯·亚当斯的领导下成为最重要的政府规制先行者，但该理事会既不是美国第一个规制机构，甚至也不是第一个美国州立铁路委员会：1839年罗得岛铁路委员会是第一个州立铁路委员会，尽管其很快就被废止。类似的委员会在各州纷纷建立起来，以解决当时社会中的突出问题：征用土地（新罕布什州，1844年），铁路安全（康涅狄格州，1853年）^②。根据一项确定土地所有权并解决加州境内私有土地所有权争议的法律，联邦政府于1851年也在传统的各部以外设立了加利福尼亚土地委员会^③，该机关一直致力于土地确权问题的解

^① Richard Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1669, 1675 (1975) .

^② Thomas K. Mc Craw, *Prophets of Regulation* (Harvard University Press, 1984), p. 17.

^③ 比其更早一点但是权力更小的是1822年成立的佛罗里达州土地委员会，其工作情况参见 Cummings & McFarland, *Federal Justice* (1937), 124 页以下。转引自《行政程序委员会最终报告》，第9页。

决。

二、进步时代：州际商务委员会等独立规制机构的出现与发展

自十九世纪后半期开始，美国进入历史上的“进步时代（Progress Era）”，随着工业革命与经济和社会的发展，需要政府管理的事务日益增多，兼有立法、执行、司法权力的独立规制机构（美国人往往将其称为行政机关）得到迅速发展。

美国建国初期，政府对经济事务干预较少，但是自由放松的政策也导致大企业经济力的滥用，引发了强烈的规制需求：农场主认为自己在经济上受到铁路公司与其他垄断商人的盘剥；进步性的宗教与社会活动领导人反对经济托拉斯、贪婪无耻的产业与腐败的政客^①。作为回应，各地方政府与州政府加强了对铁路、谷物商以及其他垄断业者的规制。但是，联邦最高法院裁定各州这类行为违宪^②，根据联邦宪法，州政府无权规制州以外的商务活动以及州际商务活动。这使得州政府的规制活动几乎陷于停顿。由于州一级的经济规制受到法院的反对，于是人们又去游说联邦国会，最后，国会 1887 年制定了州际商务法（Interstate Commerce Act），建立了州际商务委员会（Interstate Commerce Commission, ICC），以监督铁路业的竞争。

独立规制机构的权力最初非常有限。由于不同于传统的纯粹执行法律的联邦政府的行政机构，州际商务委员会等规制机构一出现便遇到联邦最高法院的抵制，其权力直到十九世纪 90 年代

① R. Crunden, *Minister of Reform: The Progressive's Achievement in American Civilization (1889—1920)* 163 - 66 (1982); R. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions* 37—40 (1941)。转自 R., S. Shapiro, P. Verkuil, *Administrative Law and Process* (3rd ed., New York, Foundation Press, 1999), p. 30。

② *Wabash, St. L. & P. Ry Co. v. Illinois*, 118 U. S. 557 (1886) (判定州政府无权对在其州内的州际铁路交通进行规制)。

仍局限于收集有关企业的信息而已。在此后的几十年里，法院与国会在有关州际商务委员会等独立规制机构的权力范围问题上有一个对抗、改变并形成共识的过程。为解决铁路业存在的问题，以及解决州际商务委员会与法院之间的管辖权冲突，国会不断制定法律赋予州际商务委员会更多的实质性权力：1903年的Elkins法，第一次给了州际商务委员会实体权力，允许其发布禁止价格折扣的命令；1906年的Hepburn法允许州际商务委员会规定铁路的最高费率，将有关费率是否合理的举证责任从委员会移转到铁路业者，极大地提高了委员会决定的实施效率；1920年的运输法授权委员会规定州际铁路运输的最低费率，监督与铁路有关的证券的发行，批准铁路企业的合并，并筹划全国性的铁路网络^①。与州际商务委员会权力扩张相对应的是，联邦最高法院不得不认可并接受其存在。

州际商务委员会的结构及其职能无法用传统的分权学说加以解释^②：国会授予其政府权力的全部，而不只是执行法律的权力：首先，州际商务委员会有具体的执法权，它还被赋予根据“公共利益、方便与必要性”原则制定有关规制州际商务活动政策的权力。这意味着州际商务委员会行使了宪法第一条赋予国会的立法权。其次，州际商务委员会通过对质型听证来决定铁路运费费率，而听证的裁决者是行政官员而不是普通法院的法官，这样又侵越了宪法第三条规定的司法部门的权力。第三，州际商务委员会的委员是总统任命的，但是除“工作中的低效率、失职或者不当”外总统也不得免除其职，这又不同于总统下属的联

^① Thomas K. Mc Craw, *Prophets of Regulation* (Harvard University Press, 1984), p. 17.

^② James Landis, *The Administrative Process* 10 - 15 (1938)。转自 Richard Pierce, Sidney Shapiro, Paul Verkuil, *Administrative Law and Process* (3rd ed., New York, Foundation Press, 1999), p. 30.

邦政府内阁部门。这一限制实际上创造了政府的第四部门，也就是现在人们所指称的“独立机构（independent agency）”，因为它们在一定程度上既独立于总统也独立于国会：州际商务委员会可以在无国会立法的情况下制定法规，其成员除法定事由外不得被总统免职。

尽管在美国历史上的“进步时代”设立的其他规制机构都具有上述偏离传统的分权学说的特征，但它们与州际商务委员会一样都成功地融入政府框架之内。究其原因，主要是普通法院的司法审查较大程度上约束了这些机构的活动^①。另一个原因是，尽管独立机构做出决定时有较大的裁量空间，但其决定必须按照类似于处理民事争议的对抗制的听证程序来进行。听证的运用使行政机关灵活的决定权能够容纳于普通法传统的法治框架内。当然，也有人质疑行政机构裁决（administrative adjudication）民事争议违背了传统的分权学说，认为只有司法机关才能裁决民事争议。联邦最高法院通过一系列的案件逐步明确，只要当事人可以对行政行为申请司法审查以确保行政听证的程序规范化，行政机关可以裁决民事争议。这样，到“进步时代”的末期时，行政裁决这一方法已经成为独立机构的通行管理手段^②。

为什么到十九世纪后半期美国才出现了独立规制机构？主要原因是工业化带来的问题如此急剧、复杂，对美国政府当时的三个组成部分，即立法机关、司法机关和总统（执行机关），都提出了严重挑战。传统的简单的三权分立不能解决现代问题，独立规制机构作为一项制度创新适时出现：

第一，法院不能承担解决现代社会问题的重任。宪法第3条

① 如 *FTC v. Radlam Co.*, 283 US 643 (1931)（联邦贸易委员会行使权力必须以竞争者与消费者受到欺诈行为的损害为前提）。

② R. Pierce, S. Shapiro, P. Verkuil, *Administrative Law and Process* (3rd ed., New York, Foundation Press, 1999), p. 31.

规定，法院只能决定“案件与争议”。因而，制定规章（除了有关司法程序的规章外）就不是法院权能范围内的事。联邦最高法院的判例也认为，法院不能规定价格与费率，不享有发放广播许可证以及类似的与将来行为有关的裁量权。这样一来，如果国会需要授出某些广泛的社会管理权力，只能向政府各部门或者独立规制机构授出^①。同时，工业化的发展需要一定的组织来处理大量的业务并提供必要的记录。仅退伍军人管理局每年就要处理约 10 万多件申请，而 1939 年所有联邦地区法院处理的刑事案件与民事案件（不包括破产案件）也不过 73,448 件^②。即使国会将有社会管理权力授予法院，法院也力不从心。另一方面，就执行法律而言，在组织结构上，分散的法院系统比不上行政机关，在这方面，行政执法具有行动上的高效性与执法标准的统一性^③。

第二，国会也不能应付现代社会问题。因技术原因，国会一般在社会问题出现后才制定事后补救型的法律，而很少能在社会问题出现前就制定防患于未然的预防性立法。刑法以及传统的民事侵权法，均是事后型立法，支持当事人到法院起诉，但是，成本很高，并且救济往往是事后的，最多只是赔偿已经形成的损失，未能达到实现与损害前社会状态同样的效果（当然，衡平法院也可以对潜在的损害发布制止令，但以当事人证明潜在的损害为前提）。此外，国会的特点也限制了其立法行为在解决社会问题方面的有效性：可用的时间有限（时间花在讨论一个具体的事件上会导致无时间讨论其他公共政策问题）；缺乏专门信息；缺少取得专门信息的职员以及程序；国会通过制定法律处理

① 《行政程序委员会最终报告》，第 12 页。

② 《行政程序委员会最终报告》，第 14 页。

③ 《行政程序委员会最终报告》，第 14 页。