

行政法
学
研
究
丛
书

行
政
程
序
法
研
究

罗豪才

应松年

主
编



中国政法大学

行政程序法研究

罗豪才 应松年 主编

中国政法大学出版社

京新登字185号

行政程序法研究

主编 羊东立 木菱

行政程序法研究

中国政法大学出版社出版
昌平东旭印刷厂印刷
新华书店首都发行所发行



850×1168 32开本 6.5印张150千字

1992年7月第1版 1992年7月第1次印刷

ISBN 7—5620—0806—X/D·756

印数：2000 定价：4.50元

沉痛悼念陶希晋同志

中国共产党优秀党员、忠诚的共产主义战士，我党老一辈法制工作领导者之一、著名法学家、原人大常委会法制委员会副主任委员、法律委员会顾问陶希晋同志。因病于1992年4月11日在北京逝世，终年85岁。

陶希晋同志1908年生于江苏溧阳，早在青年时代，他在南京河海工科大学和中央大学法学院学习时期，就在进步思想影响下，积极参加了革命活动。1929年，他发动并领导了江宁地区的反蒋暴动，任行动委员会主席，暴动遭到镇压后，他被伪南京政府通缉，在白色恐怖的情况下，他继续坚持革命活动。1932年，他辗转到达石家庄。发动、领导正太铁路工人运动。1935年加入中国共产党。先后任中共正太沿线特委书记、中共晋中特委书记、晋冀地委书记、晋东地委书记、中共“共产党人”编辑部编辑、中央宣传部秘书。中共晋冀鲁豫中央局联络部室主任、北平军调部石家庄执行小组中共代表、中共晋冀鲁豫中央局秘书长、华北人民政府秘书长等职。

中华人民共和国成立后，陶希晋同志历任政务院政法委员会秘书长，政务院副秘书长，中央政法干校副校长，中央人民政府法制委员会常务副主任委员，国务院机关党组成员、副秘书长兼法制局局长、参事室主任，国务院法规编纂委员会主任，中国政治法律学会常务理事、党组副书记等职。中共中央政法领导小组成员、全国人大常委会法制委员会副主任、第六届全国人大法律委员会顾问、中国法学会顾问等职。

陶希晋同志长期参加法制建设的领导工作，为我国社会主义法制建设呕心沥血，忘我工作，作出了重要贡献。建国之初，他

参加领导了新中国政权建设工作和民主法制建设工作，他参加了新中国第一部宪法及“惩治贪污条例”、“惩治反革命条例”及政府各部门组织法等重要法律的制定工作。他在国务院工作期间，对建立健全政府法制机构和制定行政法规做了大量工作；他主持领导了行政法规的整理、编纂工作，并举办了法制建设的展览，对加强法制建设起到了积极促进作用。1978年以后，他为恢复政府法制机构、法学教育和研究机构、法制宣传机构进行了不懈努力。他参加领导了刑法、刑事诉讼法、行政诉讼法等许多重要法律的起草、制定和法制宣传教育工作。1979年，他担任民法起草领导小组副组长，参加领导了民法草案的起草工作。1986年，他提出了健全和完善我国社会主义法律体系的构想，强调在加强刑事、民事立法的同时，特别要加强行政立法工作，并倡导成立了行政立法研究组，有力推动了行政法制建设的发展。他担任行政立法研究组顾问，从人员组成、研究计划、到试拟草稿，都亲自指导，在病重住院期间仍然十分关心行政法制建设，为我国法制建设的发展作出了突出贡献。他联系实际深入研究马克思主义的法学理论，撰写了不少专著和论文，主编了多部法学著作，为我国的法学理论研究作出了贡献。

陶希晋同志在数十年的革命生涯中，认真学习马克思列宁主义和毛泽东思想，坚持理论联系实际。他坚决拥护党的基本路线，积极贯彻党的十一届三中全会以来的方针政策，立场坚定，旗帜鲜明，始终不渝坚信共产主义，表现了共产党员的高风亮节。他坚持真理、实事求是、清正廉洁、爱憎分明、光明磊落、刚直不阿、严于律己、宽于待人、艰苦朴素、作风民主，深受干部群众的爱戴和尊敬。

陶希晋同志的一生是革命的一生，他为我国革命和社会主义建设事业贡献了毕生精力，为我国的法制建设作出了突出贡献。他的逝世，是政法战线的重大损失。

《行政法学研究》丛书之四

行政程序法研究

1992年 6月

目 录

沉痛悼念陶希晋同志

专 论

- 关于行政程序立法的几个问题.....应松年 (1)
- 行政处罚程序法探讨.....皮纯协 刘 杰 (17)
- 行政奖励程序探析.....杨悦新 (32)
- 行政诉讼原告资格研究.....周汉华 (39)
- 行政立法机关的立法权限.....李志勇 (56)

争 鸣

- 国家赔偿法的适用范围.....肖 岫 (67)
- 关于劳教教养性质刍议
 - 谈劳动教养与行政诉讼的关系.....董 皞 (79)
- 行政法主体论.....张泽想 (87)

硕士论文选登

- 美国行政规章制定程序初探.....于 安 (97)
- 美国行政裁决程序基本构成.....马 龙 (126)

港台研究

从《行政法院组织法》修改
看台湾行政诉讼的发展……………朱维究 (148)

译文选萃

英国刑事赔偿方案实施指南……………姜明安 (156)

案例分析

案例二则……………吴正祥 (171)

资料

1991年行政法与行政诉讼法论文索引……………欧阳晨红 (179)

《行政法学研究》编辑委员会

主编 罗豪才 应松年

编委 (以姓氏笔划为序)

(71) 皮纯协 朱维究 张焕光

(82) 应松年 罗豪才 姜明安

编辑部主任 马怀德 江嘉禧

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW

(June 1992)

STUDIES ON ADMINISTRATIVE PROCESS LAW

- Deeply Mourning Over Comrade Taoxijin
Research On Some Problems Of Legislation Of
Administrative Process Law.....yingSongnian
On Administrative penalty Law.....PiChunxie LiuJie
On Administrative Reward Procedureyang yuexing
Studies On Administrative Procedural Plaintiff
.....ZhouHanhua
On Legislative Power of Administrative Agency
.....liZhiyong
Scope of Application of Governamental Compensation
Law.....Xiao Xun
On The Nature Of Educational Reform Through Labour
.....DongHao
On Subject of Administrative Law.....Zhang Zexiang
Procedure of Administrative Rulemaking in U.S.A
.....YuAn
General Composition of Administrative Adjudication in

U.S.A.....MaLong
 Looking Development of Administrative Procedure in
 Taiwan from Reform of Administrative Court
 Organization Act.....Zhuweijiu
 Guide to Application of British Criminal Compensation
 Scheme.....JiangMingan
 Two Cases and Comments.....Wuzhenxiang
 Index of Papers On Administrative Law and Judicial
 Review in 1991.....Department of Information of
 China University of Political and law

EDITORS IN CHIEF

Luo Haocai ying Songnian

SENIOR EDITORS

Pi Chunxie Zhu weijiu ZhangHuangguang
 Jiang Mingan

EXECUTIVE EDITORS

Ma Huaide JiangJiayi

专 论

关于行政程序立法的几个问题

应松年

行政程序立法，从1889年西班牙制定第一部行政程序法开始，国外已有一百年以上历史，在我国则是近几年才引起人们的注意。行政诉讼法颁布实施以后，行政程序立法的呼声正日益高涨。实践迫切需要一部具有中国特色的行政程序法。

一、行政程序立法的必要性和紧迫性

正如任何事物都由内容和形式两部分组成一样，人们从事任何工作，也都必然有实体与程序两个方面。实体是其实质内容，程序就是如何完成实体内容的步骤、方法、形式、时间、顺序等等的总和。缺少其中的任何一个方面，任何工作都无法完成。从这一意义上说，程序是人类活动中无处不在的，不可缺少的部分。国家行政机关的行政管理活动，实际上也由两部分组成。一是国家行政机关依照法律规定实际拥有的职权。这些职权总体上由宪法或组织法授予，再由单行的管理某一方面国家事务的法律予以具体化。例如，公安部负责社会治安管理，通过《治安管理处罚条例》进一步具体化。税务局负责税收，根据具体的法律法规行使税收的实体权利等等。这就是行政机关的实体权利。规

本文作者为中国政法大学教授。

定行政机关实体权利的法律法规，是行政实体法。与其他部门法一样，仅有实体规定是远远不够的。法律要得到正确、顺利的实施，还需要有程序法。程序法是关于执法者如何运用和行使实体法律法规的规范。合理的、公正的程序将使人们正确、迅速地达到目的，不合理、不公正或不够合理、不够公正的程序将使人们偏离或难以完成预定的任务。民法、刑法要得到正确、有效的实施，必须通过民事诉讼程序或刑事诉讼程序。长期的历史经验一再证明，民事诉讼程序和刑事诉讼程序，是民法和刑法得以正确顺利实施的最重要、最基本的保证之一。同样，行政法的实施，也要通过程序法。不同的是，民法、刑法的实施只能通过法院，因而它们只能是诉讼程序。行政法的实施，也要通过法院，因而有行政诉讼法。但行政法主要是通过作为一方当事人的行政机关的行政行为落实的。行政诉讼只是作为对行政行为有无实体或程序违法的监督和补救的制度而存在。行政程序是行政机关在行使实体职权时应该遵循的程序，行政程序法是行政机关如何行使或运用其实体权利的规范。这是行政法与民法、刑法的重大区别之一。如果可以把行政职权一分为二的话，那末，实体职权是行政职权的一部分，另一部分就是行使、运用行政职权的程序。行政实体法规定行政机关可以做什么，行政程序法规定行政机关应该如何做。从一定的意义上说，行政程序法是行政机关落实实体职权的操作规则。实体权利规定不清，行政机关将难以活动或产生各种纠葛，影响行政职权的正确、迅速行使。同样，程序规定不完整、不合理，必然也将使行政职权难以行使。从这一点说，行政程序法具有与行政实体法同样重要的意义。把行政程序看成是行政职权的内在的不可缺少的组成部分而不是外加的可有可无的或可以任意设置、废除的形式，这才是对行政程序性质的正确认识。任何行政机关的行政职权，都是实体法与程序法的统一；任何行政机关行使职权的过程，也都是实体与程序统一的过

程。行使行政职权，不可能只有实体而无程序。在行政机关行使职权的过程中，程序是无处不在的。当然，实践已经证明，程序有好有坏、有合理和不合理、有效与烦琐、可操作和难以操作之分，产生这种不同效果的原因在于：程序是根据人们的主观要求设置的。程序法是人们对程序要求的主观认识的规范化。如果人们的主观认识符合事物自身的发展规律，其设置的程序就是合理的有效的程序。否则，必将使行政职权难以顺利实施，或者影响相对一方的合法权益。可见，虽然程序设置是人们的主观行为，但它反映了事物发展的规律性，具有客观性。

为说明行政程序立法的紧迫性和重要性，从报上抄录二例：其一，1990年6月，浙江黄岩微型电机厂、金清购销服务部与香港竣诚企业有限公司合资筹办“金港塑料薄膜制品有限公司”，办理立项审批手续耗时11个月，修改立项报批的文件资料合计300多万字，耗费纸张503公斤，经办人行程2万多公里，费用达4万元，涉及省、地、市有关部门共27个。其间企业经办人由黄岩到地区、省城先后往返20几次。地区审查时弄丢了他们的资料，一拖两个月，地区过关后，省有关部门又要按其意图重新修改。厂方以国务院文件与之论理，无用。只好重新修改，重新层层审批。这个问题最后如何解决？由港商向领导人申诉，此招有效，终于1991年5月17日领到营业执照。（1991年12月9日《中国青年报》）

其二，1991年10月中国企协召开的厂长座谈会上有一位厂长透露，该厂向有关部门申报与科研单位合办一个科工贸一体化技术开发公司。用10个月时间，盖了391个公章，尚未了结，据推算，需盖440个公章，才有可能拿到营业执照，在审批过程中，化费已上万元。（1992年1月9日《经济日报》）

这两个例子清楚地说明，在某些情况下，我国的程序问题已严重到何种程度，它对我国经济的发展，对提高行政效率和保护

相对一方的利益，影响是何等巨大！行政诉讼法已经规定，行政机关的具体行政行为是否符合法定程序，是判断其合法与否的主要标准之一。但我国法律法规中对行政程序的规定，很不系统、完整，因此，制定一部具有中国特色的行政程序法，应该列为当前行政立法的重点。

二、程序权利义务与法律责任

行政程序权利义务与程序违法的法律责任是两个相互区别但又紧密联系的问题。只有在独立的客观存在的权利义务受到侵犯时，才有追究法律责任的基础，如果程序违法而不追究法律责任，则程序立法将毫无实际意义。程序权利义务是独立的客观存在的权利义务，还是实体权利义务的附属物，学术界和实务界仍有不同看法。这将直接涉及程序违法的法律责任问题，因而是行政程序立法中必须解决的问题。

程序权利与程序义务，这是近年来提出的新概念，与实体权利和实体义务相对应。在行政程序法律关系中，以行政机关为一方，以相对人为另一方，都有程序权利与程序义务。在我们讨论程序权利与义务是否独立存在，从而能否追究法律责任时，实际生活中，相对一方程序义务，即行政机关的程序权利，实际上早已独立存在，并严格依照规定追究责任。这种程序义务大都由单行的法规、规章规定。行政机关是将之作为行政权的一部分行使的。以时限为例，规定必须多少天或几月几日前送上申请书，期限一过，行政机关就不会再接受。有一案例，由于超过三天送上证明，全部货物即被没收。这本来就是行政法的特点之一：行政机关有权依法单方面对相对人是否违法作出判断，并依法追究其法律责任。否则，行政管理就会变得软弱无力。由于相对一方的程序义务一般都由单行法规定并在实践中已经落实，因此，我们在讨论程序权利义务的独立性与法律责任时，实际上仅仅指的是行政机关的程序义务和相对人的程序权利及其法律责任问题。正如

行政职权可分为实体和程序两部分一样，行政机关行使职权时的权利义务，也是由实体权利义务和程序权利义务之和所组成。长期以来，人们一般都认为存在实体的权利与义务，很少有提出程序权利与义务的。典型的说法就是，如果行政机关程序违法而并不影响实体权利时，那就可以忽略不计其法律责任。这里说的实体权利，显然指的是相对一方的实体权利。根据这种观点，程序权利义务只能依附于实体权利义务，如果程序违法不影响相对一方实体权利，那就不存在独立的法律责任问题。笔者认为，这与实际情况恐怕未必符合。第一：如上所述，相对人的程序义务其实早就独立存在，并与法律责任相联系。人们对此已习以为常。第二，行政机关的程序义务在很多情况下当然会影响对人的合法权益。但也有相当一些行政程序，并不涉及相对一方的合法权益。笔者认为，在这种情况下，并不意味着就没有权利义务问题，而是涉及到更高层次的，即国家的、社会的权利和利益。例如，治安管理处罚条例规定复议决定必须在5日内作出，超过期限就是程序违法。这种违法涉及到谁的合法权益？5日作出或8日作出，对相对人说，并无多大实际损害。治安管理处罚条例所以规定复议决定必须在这短短的5日内作出，体现了立法者从速处理治安问题，治安问题决不能拖延的意图。否则，受到损害的将是社会治安，即全体人民的利益。再比如，在检查公民身份证时，公安人员必须首先出示自己的证件，这是表明身份程序。是否表明身份，在很多情况下并不影响相对一方的合法权益。立法者设置这一程序，不仅是为了体现执法工作的严肃性，更主要的是为了防止假冒，避免社会秩序混乱损害更高层次的国家利益。可以说，在很多情况下，程序的背后都体现着国家的社会的某种更高层次的利益。不存在空头的无意义的程序。所有的程序都或多或少与相对人合法权益有关，与国家、社会的权益相连，一切违反法定程序的行为都将是给社会或个人带来危害的行为。因此程序权利

义务问题就有了独立的意义和价值。我们有时把程序问题看得比实体问题还重，就是因为它常常涉及国家或社会的利益。长期以来，我们只肯定了现实生活中相对人的程序义务和行政机关的程序权利，现在是全面地认识这一问题，完整地肯定程序权利义务的独立性和客观性的时候了。相对人必须履行程序义务，同时也享有程序权利；行政机关享有程序权利，也必须履行程序义务。

凡是违法行为都必须追究法律责任，这是社会主义法制的一项重要原则。对一切违反法定程序的行为当然要追究法律责任。如果在法律中对程序作了明确规定，在实践中程序违法却可以不追究责任，那末，法律规定还有什么意义呢！更何况程序问题常常涉及国家和社会的利益。但是，当行政机关程序违法时如何追究责任，却是一件相当困难的任务。行政机关的程序违法有两种情况。一种是，程序违法，实体上也直接损害相对一方的合法权益，即我们平时所说的程序违法，实体也违法；另一种是：程序违法，实体上并未侵害相对一方的合法权益，即我们平时所说的程序违法，实体正确。前一种情况，根据行政诉讼法的规定：撤销，追究实体违法的责任；困难的是后一种情况，但根据上面的分析，在这种情况下，行政机关的程序违法行为其实损害了国家的社会的利益。因此，应该追究法律责任是毫无问题的。如果责任较轻，例如主观上并无故意，程序违法造成的损害也不大，那就可以判决撤销，同时判决行政机关重新作出一个具体行政行为，哪怕这一行为与原行为一样。这样做目的就是要求行政机关由于程序违法而承担败诉责任。如果责任比较严重。如主观上有故意，或屡次违法等等，那就应该追究其损害国家、社会利益的责任，除承担败诉责任外，还应由行政机关主动，或经司法建议后，视情节轻重给予执法人员以行政处分。行政机关拒绝履行司法建议的，应视为妨碍诉讼。这一作法也适用于前一种情况，对此，行政程序立法必须作出明确规定，以纠正严重存在的

无视程序，对程序违法现象熟视无睹的现象。

三、行政程序立法的范围

行政程序立法的范围，从外国已有的立法看，很不一样。有些国家范围较宽，包括规章制定、裁决与司法复审等内容，如美国。有些较窄，主要规定行政处分和公契约的程序，如西德。最近公布的日本行政程序法草案，则仅规定申请处分和不利处分两大类，范围更窄。看来，行政程序法应包括哪些内容，各国并无统一模式，完全视该国的具体情况而定。我国行政程序立法应包括哪些内容，目前尚无定论。笔者认为，可以设想制定一部全面的，包括行政机关各种行政行为的行政程序法。作为理论探索，对这一问题的研究拟可根据下述两项原则着手：一是有现实意义，与中国具体情况紧密结合；二是能涵盖全部行政程序。据此，笔者拟从两个角度考察。一是，接近几年来对行政行为的传统研究方法，一般将行政行为分为抽象行政行为与具体行政行为，抽象行政行为也就是行政机关制定规范的行为。在我国，根据国家行政机关的层次与级别，制定的规范可分为行政法规、规章和一般规范性文件三类。这三级规范都有一个制定程序的问题。而且有许多共同点：例如，它们都带有执行性，因此要强调制定时的法律或法规根据；它们都是行政管理方面的规范，将直接影响经济和社会的发展和稳定，因而都需要有可行性论证的程序，尤其是经济成本——效益核算的程序；它们都应该设置必须征求利害关系人意见的民主程序，以保证公民参与国家管理和行政行为的公开；都应该有审查、批准和公布的程序等等。人们通常把行政法规和规章的制定合称为行政立法。从行政立法的实践考察，是将行政立法的程序和制定一般规范性文件的程序规定于同一个程序法中还是两者分开设置，甚至将制定行政法规和制定规章的程序分开，这是可以讨论的。笔者认为，将一些对所有规范的制定带有普遍意义的程序制度，如上述一些基本程序制度写

入行政程序法中，使三级行政规范的制定有一个基本可循的程序，应该还是比较可行的。其他不同的程序可由单行法解决。

具体行政行为大致可分为二类。一类是行政机关直接与相对一方发生权利义务的行为，即行政执法行为；另一类是行政机关作为解决纠纷和争议的第三者，就行政争议和民事纠纷作出决定和裁决的行为，即行政司法行为。这两类具体行政行为的程序显然很不相同。行政执法的直接性和多样性，使行政执法的程序设置极为困难，且易于被忽视。这里重要的是要对行政执法作出分类。按照行政机关与相对一方发生的执法关系的性质，将行政执法分为权利性执法行为与义务性执法行为，也许比较可行。这种分类与日本最近公布的行政程序法草案的分类极为相似。权利性执法行为指行政机关根据法定的条件和事实，赋予相对一方以某种权利的行为。这种权利性行为可能是使相对一方获得从事某种行为的权利，也可能是给予某种资格的行为，甚至可能是给予某项荣誉或财产的权利。义务性行为则是行政机关依法要求相对一方承担某种义务的行为，除了诸如纳税、服兵役等一般义务外，还包括要求特别的相对人履行某种特定的协助义务。将影响国家、集体和个人的生命财产安全的重大技术规程转化为法律义务等等不同性质的义务。目前正在反对的乱处罚、乱收费、乱摊派三乱，都属于要求公民、法人或其他组织履行义务的范围，都属于义务性具体行政行为。对行政执法行为，我们历来也是重实体而轻程序。即使实体方面，法律法规的规定也极为众多、复杂，缺乏总体方面的规范，没有可供共同遵守的一些原则和制度，甚至尚未形成几项带有全局性的重大法律制度。当然，程序方面的规范就显得更为薄弱。一般是此在单行的法律法规对实体问题作完规定以后，才在某些章节中插入一些程序规定。而这些规定又大多是关于相对一方应履行何种程序义务为主。缺少行政机关在