

行政程序法

ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

应松年 主编



21 世纪法学规划教材

行政程序法

Administrative Procedure Law

主 编	应松年	
撰稿人	应松年	章剑生
	王万华	宋雅芳



法律出版社
始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

行政程序法 / 应松年主编. —北京:法律出版社,
2009. 10

21 世纪法学规划教材

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0022 - 0

I. 行… II. 应… III. 行政程序—程序法—中国—高等
学校—教材 IV. D922. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 187883 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/275 千

版本/2009 年 11 月第 1 版

印次/2009 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0022 - 0

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

应松年 中国法学会行政法学研究会会长,中国政法大学终身教授、博士生导师,日本名古屋大学法学院荣誉博士。北京市第十三届人大代表、法制委员会副主任,曾任第九届、第十届全国人大代表、内务司法委员会委员,北京市第十届、十一届、十二届人大代表、法制委员会副主任。兼任北京、天津市政府法律顾问。曾获中央国家机关“五一劳动奖章”、“百名法学家百场报告会”最佳宣讲奖等,享受国务院颁发的“政府特殊津贴”。主要从事行政法和行政诉讼法的教学和研究,是我国第一批行政法硕士研究生导师,最早的行政诉讼专业博士生导师之一。主要著作有:《中国走向行政法治探索》、《行政程序法理论与立法研究》、《当代中国行政法》等,在《中国法学》等刊物公开发表文章近百篇,主持完成《行政法制建设的理论与实践》等国家社科基金项目3项。先后参与《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《立法法》、《行政许可法》的研究和起草工作。

王万华 女,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、行政程序法学博士学位。1999年至2001年在中国社会科学院法学研究博士后流动站从事行政程序法研究。研究领域为行政程序法,致力于推进中国的行政程序法学理论研究和行政程序法立法实践,是我国首部地方行政程序统一立法《湖南省行政程序规定》的主要执笔人。主要著作有:《行政程序法研究》(中国法制出版社2000年版)、《中国行政程序法立法研究》(中国法制出版社2005年版)、《中国行政程序法汇编》(中国法制出版社2005年版)。发表的论文主要有:“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。获得的奖项主要有:2001年获“百篇全国优秀博士学位论文”奖,2006年入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”。

章剑生 浙江大学光华法学院教授、博士生导师。香港城市大学法律学院访问学者(2004年),美国政府国际访问学者(IVLP)(2007年)。中国法学会行政法学研究会常务理事,郑州大学中国土地法律研究中心研究员,上海金融与法律研究

2 行政程序法

院研究员。第七届全国教育部霍英东教育基金会“高等院校青年教师奖”获得者(研究类)。已出版的代表性专著有:《行政程序法学原理》(中国政法大学出版社1994年版)、《行政诉讼法基本理论》(中国人事出版社1998年版)、《行政程序法基本理论》(法律出版社2003年版)、《现代行政法基本理论》(法律出版社2008年版)等。在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表了数十篇有代表性的学术论文,主持过多项国家级人文社科项目的科研课题。

宋雅芳 女,郑州大学法学院教授,硕士生导师。主要社会兼职:中国法学会行政法学研究会理事,河南省行政法学研究会副会长、河南省人民政府法制办公室顾问专家、郑州大学校长法律顾问等。1988年毕业于中国社会科学院研究生院,师从著名宪法学家王叔文先生,同年获法学硕士学位。1995年开始将教学和科研的方向转为行政法学,迄今为止出版学术专著3部:《行政规划的法治化:理念与制度》、《行政程序法专题研究》、《俄罗斯联邦宪政制度》(合著),主编教材2部:《行政复议法通论》、《行政救济法学》(河南省“十一五”规划教材),先后在《中国法学》、《行政法学研究》、《宪政论丛》等刊物发表学术论文40余篇。

至平 1991 年 10 月, 毕业于郑州大学法学院, 获法学硕士学位。1991 年 10 月至 1993 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。1993 年 10 月至 1995 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。1995 年 10 月至 1997 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。1997 年 10 月至 1999 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。1999 年 10 月至 2001 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2001 年 10 月至 2003 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2003 年 10 月至 2005 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2005 年 10 月至 2007 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2007 年 10 月至 2009 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2009 年 10 月至 2011 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2011 年 10 月至 2013 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2013 年 10 月至 2015 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2015 年 10 月至 2017 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2017 年 10 月至 2019 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2019 年 10 月至 2021 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2021 年 10 月至 2023 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2023 年 10 月至 2025 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。

由河南省政法干部学校任教。2001 年 10 月至 2003 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2003 年 10 月至 2005 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2005 年 10 月至 2007 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2007 年 10 月至 2009 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2009 年 10 月至 2011 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2011 年 10 月至 2013 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2013 年 10 月至 2015 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2015 年 10 月至 2017 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2017 年 10 月至 2019 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2019 年 10 月至 2021 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2021 年 10 月至 2023 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。2023 年 10 月至 2025 年 10 月, 在河南省政法干部学校任教。

前 言

任何社会形态下公共管理权力都需要通过一定的程序规则来运行,因此,行政程序法并非现代社会独有的产物。但奥地利、美国、德国等发达国家自 20 世纪以来所制定的行政程序法典与之前的行政程序法相比较,从形式到内容,均发生了根本的变化。就形式而言,出现了统一的行政程序法典,且行政程序法典被定位为行政程序的基本法,在德国等国家还被定位为行政权力的基本法;就内容而言,由过去的以内部行政程序规定为主转向重点规范外部行政程序,规定了相对人在行政权力运行过程中享有的诸多程序权利,旨在通过相对人的程序权利制约行政权力公正、理性、高效行使。以行政权力的运行为规范对象的行政程序法在行政权力居于国家权力结构主导地位的现代国家,已经成为衡量一国法治实现程度的标志性法律。迄今,奥地利、美国、德国、瑞士、意大利、西班牙、葡萄牙、希腊、北欧诸国、日本、韩国、中国台湾地区、中国澳门特区等,都已完成行政程序立法的使命。

中国虽已历经一百五十余年的抗争与努力,仍未完成国家的现代化,而国家要实现现代化,首先作为管理众人之事的行政要实现现代化,国家才能发展,人民的福祉才有保障。正在全方位展开的行政管理体制改革能否成功,无疑是中国社会能否顺利完成转型的关键。改革是否顺利、能否成功,突破口的选择非常重要。程序改革正是深化行政管理体制改革的最好突破口。一方面,程序含有技术理性因素,改革难度相对较小;另一方面,程序改革与民众的利益诉求关联最为直接,是公民面对行政权力最直接、最重要的权利保障机制。正因为如此,自《行政处罚法》之后,中国的行政立法领域集中在程序制度建设上,听证、政府信息公开、公众参与等制度的建立和推广,无不是行政程序制度方面的改革,有力推进了透明政府、开放政府和服务型政府的建设,对于推进依法行政、建设法治政府工作起到积极作用。2008 年公布的《湖南省行政程序规定》作为近年来行政程序改革的集大成者,首次对行政程序作出系统规定,完成了行政程序在一定地域范围的法典化,拉开了中国行政程序立法的序幕,并将为国家层面的行政程序法典化提供宝贵经验。

在理论界,随着实践中行政程序立法的推进和行政程序法理论研究的深入,行政程序法在行政法体系中的地位日益受到重视,逐渐在一些教材中从行政行为论中独立出来,与行政组织法、行政行为法、行政救济法共同成为行政法的组成部分,有关行政程序法的专著也陆续出版,出版专门的行政程序法教材时机已经成熟。

2 行政程序法

为了回应建设法治政府对出台统一行政程序法典的呼唤,也为了系统总结行政程序法学理论研究成果,推进行政程序法制教育,我组织撰写了这本行政程序法教材。由于行政程序法教材的编写在国内尚属首次,不当之处,敬请读者提出宝贵意见。

本书分工如下:

应松年:第十一章

章剑生:第一章、第二章、第五章

王万华:第三章、第四章、第六章、第七章、第八章

宋雅芳:第九章、第十章

其中,第六章第二节和第八章由中国政法大学行政法学博士研究生谭俊杰协助完成。

编者

2009年8月

(11)	第一章
(11)	第一节
(11)	第二节
(11)	第三节
(11)	第四节
(11)	第五节
(11)	第六节
(11)	第七节
(11)	第八节

目 录

第一章 行政程序	(1)
第一节 程序、法律程序、正当法律程序	(1)
第二节 行政程序	(5)
第三节 行政程序与司法程序的比较	(11)
第二章 行政程序法	(15)
第一节 行政程序法的定义	(15)
第二节 行政程序法的渊源	(17)
第三节 行政程序法的功能	(23)
第四节 行政程序法在行政法中的地位	(28)
第三章 外国行政程序法	(32)
第一节 行政程序法典的出现和发展	(32)
第二节 美国《联邦行政程序法》	(35)
第三节 德国《联邦行政程序法》	(41)
第四节 日本《行政程序法》	(47)
第四章 中国行政程序法的现状	(52)
第一节 中国行政程序法立法的形式特点分析	(52)
第二节 中国行政程序法立法的内容特点分析	(58)
第五章 行政程序法的基本原则	(70)
第一节 行政程序法基本原则概述	(70)
第二节 程序公正原则	(75)
第三节 行政公开原则	(78)
第四节 参与原则	(82)
第五节 效率原则	(90)
第六章 行政立法和制定行政规范性文件程序	(93)
第一节 我国行政立法程序的现状	(93)
第二节 完善现行行政立法程序的几点思考	(100)
第三节 行政规范性文件制定程序	(104)

2 目 录

第七章 不利行政决定程序	(113)
第一节 不利行政决定	(113)
第二节 调查	(115)
第三节 证据	(119)
第四节 听取意见	(124)
第五节 说明理由	(133)
第六节 送达	(135)
第八章 授益行政决定程序	(137)
第一节 授益行政决定	(137)
第二节 授益行政决定的实施程序	(141)
第九章 非权力行政行为程序	(149)
第一节 行政指导程序	(149)
第二节 行政合同程序	(157)
第十章 行政程序违法的法律责任	(169)
第一节 行政程序违法概述	(169)
第二节 外国和我国台湾地区行政程序违法的法律后果	(174)
第三节 我国行政程序违法的法律后果及责任	(180)
第十一章 中国行政程序法立法展望	(192)
第一节 行政程序法的立法目的	(192)
第二节 行政程序法典与其他单行法的关系	(204)
第三节 中国行政程序法的内容选择	(209)
第四节 行政程序法的立法架构	(217)
第五节 中国行政程序法典的立法路径	(224)
主要参考文献	(227)

第一章 行政程序

第一节 程序、法律程序、正当法律程序

一、程序

行政程序是法律程序的一种,而法律程序在现代社会除程序本身所具有的技术含义之外,还被赋予规范权力正当行使的保护人权的含义,实质是一种正当法律程序。因此,要弄清行政程序的内涵,首先需要明确程序、法律程序、正当法律程序这几个在学习、研究程序法时经常使用的词语之间的关系。统而言之,这几个词语之间存在语义递进关系,随着修饰语的增加,内涵逐渐缩小。

程序,是人们为了达到一定目标所经历的长短不等的过程。

1. 程序表现为过程,从程序启动到结束。显然,这一过程具有相对性。有些长的过程是由若干短的过程所组成,因而一个大程序中包括若干小程序。如行政处罚程序中包含听证,听证本身也是一个程序。

2. 程序的目的性。人们选择、启动某一程序,总是为了达到一定目标。目标决定人们选择或预设何种程序。

3. 程序的选择性。为了达到一定目标,就要选择或预设一定程序。但是,虽然目标决定选择,选择或预设也会影响能否很好达到目标。两者是相互影响的。当然,不同的目标要选择不同的程序去完成,但也有可能运用同一程序去完成不同目标。前者显示程序的个性和差异性;后者反映了程序的共性和统一性。

4. 程序的客观性。为达到特定目标,就要选择能最好最快达到目标的程序。这种程序不是主观臆想的,而是必须符合要办事情的客观规律。主观选择、预设的程度符合客观要求,就是科学的。

二、法律程序

人们在工作、生活中要完成的事情种类繁多,所谓家事、国事、天下事,事事要关心,每一件事情的完成都需要通过一定的程序。如果说日常生活中煮面条时是先烧开水后放面条,还是放面条再加热煮熟,产生的后果仅仅只是影响吃面条的人的胃口而已,而有的事情采用何种程序来完成则将对某些人的利益、甚至生命产生直接的影响,如对犯罪者做出的死刑判决。在后种情形中,如果任由决定者根据自

2 行政程序法

己的喜好选择不同的程序来做出决定,则极有可能造成错杀无辜之人。因此,有的事情的完成程序往往由国家强制加以规定,以限制决定者的恣意。决定者必须按照特定程序来完成某件事情,不能随心所欲,自行设定规则。当程序规则为法律所规定时,该项程序就被称为法律程序。法律程序中的主体享有各自的程序权利、履行相应的程序义务。如果义务人没有履行法定程序义务,则需要承担一定的法律责任。

法律程序运行结束后往往产生一个法律实体结果,因此,在法律学上,“程序”一词往往与“实体”相对称,指按照一定的方式、步骤、时间和顺序做出法律决定的过程。程序关心的是形成决定的过程,而实体关心的是决定的内容。由于私法领域的活动实行意思自治原则,民事主体双方之间并不存在支配和被支配关系,法律一般不对其活动程序做出强制性规定。而在公权力领域,由于公权力具有强制性,如果滥用极易侵犯公民的权利,因此,法律往往对权力行使的程序做出明确规定,以确保权力行使的理性、公正。所以,法律程序就其规范对象而言,主要是公权力。与现代国家权力被分立为立法权、行政权和司法权相对应,现代法律程序主要有立法程序、行政程序和诉讼程序。

三、正当法律程序

(一)正当法律程序的确立与发展

与计算机程序、植物生长程序等其他程序相比较,法律程序形式上也体现为形成法律决定所历经的方式、步骤、时间和顺序等,但由于法律程序涉及人与人的关系,而非人与机器、物的关系,又使得法律程序不仅要保证能形成正确的实体决定,而且还应当保障人在形成实体决定过程中的尊严和权利。因此,法律学者往往并不满足于对法律程序形式特征的描述,而是将之作为一种社会关系加以认识。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯认为“权利规定的大多数条款都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与人治之间的基本区别”^{〔1〕}。法律程序不仅仅是形式上由法律规定,而且在实质上要满足公正、公平的要求,从而构成正当法律程序。

正当法律程序肇始于英国。英国1215年的《自由大宪章》和1355年爱德华三世颁布的一项律令(有人称为自由律)被视为正当法律程序的最早渊源^{〔2〕}。但上述法律文件中所确定的正当程序原则的适用对象主要是僧侣贵族,是僧侣贵族从

〔1〕 转引自季卫东:“程序比较论”,载《比较法研究》1993年第1期。

〔2〕 1215年的《自由大宪章》第39条规定:“除非经由贵族法官的合法裁判或者根据当地的法律,不得对任何自由民实施监禁、剥夺财产、流放及其他任何形式的惩罚,也不受攻击和驱逐。”1355年爱德华三世颁布的这项律令明确规定:“任何人、无论其身份、地位状况如何,未经正当法律程序,不得予以逮捕、监禁、没收财产……或者处死。”

国王那里争取到的权利,并不具有普适性。正当法律程序实质是现代法律程序的要求,其核心要素在于要求不仅最终的实体结果应当是公正的,而且产生实体结果的过程同样应当是公正的。而过程的公正集中体现在是否让被决定者参与其中,也就是说被决定者在权力运行过程中是作为独立主体存在还是作为权力支配客体而存在。因此,个人主体性在现代社会的确立被认为是正当法律程序作为一项法律原则得以普遍确立的基础。

在美国,正当法律程序是宪法规定的一项原则,联邦宪法修正案第5条和第14条分别规定联邦和州未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由和财产。正当法律程序的要求在英国体现为普通法上的自然公正原则。自然公正原则“在英国普通法上,它包括两个最基本的程序规则:(1)任何人或团体在行使权力可能使别人受到不利影响时,必须听取对方意见。每一个人都为自己辩护和防卫的权利。(2)任何人或团体不能作为自己案件的法官。”正当法律程序作为一项法律原则的适用领域在英国、美国等国家最初主要是在司法、特别是刑事审判领域,随着行政权的扩张,逐渐扩展至行政权力领域,成为行政程序应当遵循的最基本的原则。在德国、日本等传统重实体、轻程序的国家,随着第二次世界大战后新宪法的颁布,公民与行政之间的关系发生根本变化,所有国家机关都有义务尊重公民作为人的尊严,包括行政机关。公民由过去行政的客体转变为独立的主体,有权直接参与行政权的运作,行政程序法得以应运而生,正当法律程序成为行政机关行使行政权应当遵循的基本原则。

(二)正当法律程序原则的两项基本程序规则

从英国1215年的《自由大宪章》的“自然正义”理念到美国联邦宪法修正案的“正当法律程序”,它在保护公民权方面与自然公正原则实是殊途同归。依该宪法修正案的起草人麦迪逊的说法,此一正当法律程序条款,乃是防止立法或行政部门僭越专擅侵害民权的金城堡垒(impenetrable bulwark),而法院则是维护其功能的卫士。^[3]

由于“普通法不是以实现公平为目的的体系,更确切地说,它是在越来越多的案件中能够保证各种纠纷解决的各种程序的堆积。”^[4]所以,自然公正的理论在普通法的价值主要体现在其法律程序上,并逐步形成了两条著名的程序规则:^[5]

1. 任何人都不得在自己的案件中充当自己的法官

“要求裁决者没有偏私和公开听取意见的规则可以追溯到中世纪的先例中,

[3] 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第152页。

[4] [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,上海译文出版社1984年版,第300页。

[5] T. J. Grout, *Public Law*, Macdonald & Evans, 1998, p. 127.

而且在古代这些原则也是为人所知的。”〔6〕这一规则最基本的意义是,裁决案件的官员不得与该案件本身有直接的利害关系,从而影响案件的公平处理。在普通法中,“自己的案件”常常被解释为金钱的利害关系或者其他可能成为形成处理案件偏见原因的利害关系。在法律上,人们往往认为,如果裁决案件的官员与该案件有利害关系,其裁决的结果必然会有偏袒一方的嫌疑,从而形成影响案件公平处理的偏见(bias)。因此,这个原则又被称为“防止偏见”原则。在案件裁决过程中,偏见可能是因个人利益而产生,也可能是因部门利益而产生部门偏见(departmental bias)。这种偏见不仅实际上不应该存在,而且裁决案件的官员不得有任何足以引起他人怀疑偏见存在的行为。正如英国上议院休厄大法官在1924年的国王诉苏塞克斯法官案所作的评论那样:“公平的实现本身是不够的。公平必须公开地、在毫无疑问地被人们能够看见的情况下实现。这一点至关重要。”〔7〕

2. 任何人为自己的辩护应当被公平听取

这一规则最基本的意义是任何人在受到不利指控时,裁决案件的官员必须在作出裁决前听取他为自己所作的辩护,否则,这一裁决应当无效。“公平听证的真正目的,在我看来不仅仅在于确保官方标准的准确适用,而是在一些合适的案件中,它可以进一步质疑它们的正当性。”〔8〕因此,英国人在这个问题上的一个最基本的观念是,任何人不得未经审问就受到处罚,法官的裁决就当在听取双方辩护后才能作出。这是程序公正的基本要求。美国通过正当法律程序的宪法修正案,将此规则上升为公民的宪法权利。美国联邦最高法院在Earle V. Mevrihg一案中认为:“正当程序是政府的一般责任。”此原则则推论为:(1)当事人必须知道案件决定之理由;(2)当事人必须有获知任何资料或建议之机会。〔9〕1932年,英国大臣权力委员会对自然公正原则又提出了两个新的规则。第一个是,无论处理争论的程序是司法性质的还是非司法性的,争议各方当事人都有权了解做出裁决的理由。第二个是,如果对负责调查的官员所提出进行了公众质询(此类官员负责向有关大臣提交调查报告,以作为大臣决断时的依据),那么,争议各方当事人都有权得到该报告的副本。〔10〕这项规则最早适用于司法领域,当行政机关的权力日益扩张导致公民权利屡遇侵害的情况不断出现之后,经过法学家和法官的共同努力,这项规则被移到了行政领域从而确立了行政程序中的听证制度。这个制度至少应当包括如下三个内容:(1)公民有在合理时间以前得到通知的权利;(2)了解行政

〔6〕 Sir William Wade, *Administrative Law*, Clarendon Press · Oxford, 1994, p. 467.

〔7〕 [英]彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,中国人民大学出版社1990年版,第97页。

〔8〕 T. R. S. Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 18, 2000.

〔9〕 罗传贤:《行政程序法基础理论》,五南图书出版公司,第47页。

〔10〕 [英]彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,中国人民大学出版社1990年版,第98页。

机关的论点和根据的权利;(3)为自己辩护的权利。^{〔11〕}说明理由制度也是自然正义应有的内容之一。因为,“说明理由能使一个人看到他的案件已经被仔细地考虑了,这种在私人利益和公共利益之间作为合理和解的结果是值得进而愿意接受的。”^{〔12〕}

20 世纪之后,法院对行政行为的司法复审过程中,把正当法律程序移入行政法,成为行政机关行使行政权的程序要求。“自然正义在英国法律中所起的作用大体相对于正当法律程序在美国宪法中所起的作用。”^{〔13〕}正当法律程序的基本含义是要求公权力公正、公开行使,使公民免受生命、自由和财产的非非法剥夺。“与行政法联系在一起时,自然正义是与政府自由裁量权文明行使有关的。”^{〔14〕}这些法律思想成为 20 世纪世界范围内行政程序法典化运动的基本指导思想,为行政程序法奠定了理论基础。

第二节 行政程序

一、行政程序的定义

对法律程序的划分,以程序所规范的权力为标准较为适宜。行政程序作为法律程序的一种,是行政权力运行的程序,具体指行政机关行使行政权力、做出行政行为所遵循的方式、步骤、时间和顺序的总和。有时行政机关实施行政行为离不开行政相对人的参与行为,因此,行政相对人参与行政行为程序也是行政程序不可缺少的内容。行政程序的内涵可以从以下几点把握:

第一,行政程序是行政权力的运行程序。在国家机关中,立法机关行使立法权制定法律规范的程序是立法程序,司法机关行使司法权解决纠纷做出判决的程序是诉讼程序,而行政程序是行政机关行使行政权力时所遵循的程序,是行政行为的事前程序。

行政权力的运行既涉及上下级行政机关和不同地域、不同部门的同级行政机关,也涉及行政机关与相对人,与之相对应,前者形成内部行政程序,后者形成外部行政程序。因此,行政程序是行政权力运行程序的总称,包括内部行政程序和外部行政程序。

行政程序是行政权力运行的程序,但并不意味着行政程序由行政机关独立操

〔11〕 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社 1987 年版,第 153 页。

〔12〕 T. R. S. Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 2000.

〔13〕 [英]威廉·韦德:《行政法》,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 693 页。

〔14〕 Ian Holloway, *Nature Justice and the High Court of Australia*, Ashgate Publishing Limited, 2002, p. 2.

作完成,相对一方(包括相对人和内部程序中所指向的行政机关)处于无所作为的状态,尤其是在外部程序中,相对人要通过陈述意见等方式参与行政程序的运行,与行政机关一起推进行政程序,最终形成行政决定。

第二,行政程序是行政机关为行政行为的程序。行政机关并非所有的行为程序都是行政程序。行政机关以民事主体的身份进行民事行为时所遵循的程序不是行政程序。行政机关以被告的身份出现在行政诉讼中时,其行为程序也不是行政程序。因此,行政程序的实质是行使行政权力的主体所遵循的程序。

第三,行政程序的构成要素包括:方式、步骤、时间和顺序。方式指实施和完成某一行为的方法及行为结果的表现形式,如是采用秘密的方式还是公开的方式作决定,行政决定是以书面的方式还是口头方式做出等。随着科学技术的发展,电子技术被运用到行政程序中,如西班牙《行政程序法》第45条规定,公共行政机关为开展活动和行使其职能,应在宪法和法律规定的范围内推动技术及电子、电脑或电讯媒介的使用和运用。又如韩国《行政程序法》第14条规定,行政机关认为需要迅速送达时,可以电信、传真或电话等方式做出;步骤指完成某一行为所要经历的阶段,行政程序一般由程序的启动、进行和终结三个阶段组成,不少国家正是以行政程序的不同阶段作为立法线索,架构行政程序法中程序规定的;时间,指完成某一行为的期限。时间是一项重要的程序制度,规定行政机关完成某一行为的期限,有利于促进行政机关积极行使权力,使相对人的权利义务关系早日得以确定,避免行政机关无故拖延以向相对人索取好处。此外,时间的规定也有助于提高行政效率;顺序指完成某一行为所必经的步骤间的先后次序。如行政机关在做出行政决定时,必须“先取证、后裁决”,不能先作决定,再去收集证据,否则,就违背了人的认识规律,容易形成错误决定。

第四,行政程序的运行结果是制定行政法规、规章、其他规范性文件,或者做出行政决定。法律程序的运行将产生一定的结果^[15],立法机关经过法定立法程序所产生的结果是制定法律文件,司法机关经过诉讼程序要对民事、行政争议和刑事被告人是否构成犯罪做出判决。行政程序的运行结果则表现为制定行政法规、规章、其他规范性文件,或针对具体事项做出行政决定。

与行政职权相关的行政指导、行政合同等非权力行为也是行政程序所调整的对象,因为这些非权力行为也是引起行政相对人利益变动的法律原因。

第五,行政程序是一种法律程序。行政程序是行政机关代表国家管理社会事务所遵循的程序,是行政权力运行的程序规则。为了保证行政权力的有序运行,许多重要的行政程序往往为法律所规范。行政程序是法律程序意味着行政程序一旦

[15] 在诉讼程序中,法院的审判程序一旦启动,必须做出判决。获得裁判是当事人诉权的一个重要组成部分。

为法律所规范,即成为行政机关和相对人在法律上的程序权利义务,具有规范性、强制性。行政机关必须履行行政程序法所规定的程序义务,否则,要承担相应的法律责任。

二、行政程序的种类

(一)外部行政程序与内部行政程序

外部行政程序与内部行政程序是以相对人是否为行政程序一方主体为标准对行政程序所作的一种分类。所谓外部行政程序是指适用于行政机关与公民、法人或其他组织之间的程序,如听取意见程序,是行政机关听取相对人的意见,说明理由是行政机关向当事人说明理由。外部行政程序是现代行政程序法的核心内容,也是行政程序法学研究的重心。有的国家如美国在其行政程序法中仅规定外部行政程序。

内部行政程序是指适用于行政机关内部、行政机关之间的程序。如行政机关之间的行政协助、上级行政机关对下级行政机关的批示等。内部行政程序不直接涉及相对人,但内部行政程序如果不规范也会间接影响相对人,因此,有的国家如葡萄牙、我国澳门地区的行政程序法中也规定了内部行政程序。

(二)抽象行政行为程序和具体行政行为程序^[16]

这是根据行政行为的类型对行政程序所作的分类。行政行为纷繁复杂、性质差异较大,不同种类行政行为程序规则差异很大,从而使得行政程序制度呈现出极强的类型化状态。因此,必须区分抽象行政行为与具体行政行为分别探讨各自遵循的程序。

抽象行政行为程序是行政机关制定行政立法和其他规范性文件的程序。抽象行政行为是具体行政行为的依据,涉及不特定公众的利益,因此,有效的公众参与机制是抽象行政行为程序的核心内容,通过程序的科学、民主来确保规则的科学和公正,使规则得以顺利执行。

具体行政行为程序是行政机关做出具体行政行为时的程序。具体行政行为针对具体当事人做出,是一个认定事实、适用法律的过程,保证事实认定的准确和保护特定当事人的利益是具体行政行为程序承担的任务,证据制度和听取意见制度是具体行政行为程序的核心内容,通过程序的理性、公正保证行政决定的正确,保护相对人的利益。此外,由于具体行政行为数量繁多,直接关系行政管理的效率,如何提高行政效率也是具体行政行为程序要解决的问题。

三、行政程序的法律特征

作为区别于其他法律程序的行政程序特征,既体现在行政程序的形式上,也表

[16] 虽然学界和立法中都在逐渐放弃抽象行政行为与具体行政行为的划分标准,但由于《行政诉讼法》尚未修改,此处仍使用此分类标准,来描述行政行为。

现在行政程序的内容上。对于这个问题,我们可以从以下三个方面认识。

(一) 法定性

行政程序的法定性,是指用于规范行政行为的程序一般应通过预设的立法程序法律化,使其具有可控制行政行为合法、正当运作的强制力量。行政程序的法定性表明:

其一,尽管任何行政行为都是由实体和程序两部分构成,但并不是所有的行政行为的程序都有必要法定化,只有那些能够对行政行为产生控制功能的程序,才有必要成为法定程序。

其二,行政程序的法定性意味着无论是行政主体还是行政相对人,在进行行政法律活动时都必须遵守预定的行政程序,任何违反法定行政程序的行为,对行为人都将产生不利的法律后果,尤其对行政主体来说,遵守法定行政程序更具有法治意义。

其三,行政相对人参与行政行为所应当遵守的法定程序,与其说是行政相对人的义务性程序,不如说是他的权利性程序,即行政相对人通过参与程序,来监控行政主体依法实施行政行为,从而维护自身的利益。

(二) 多样性

行政程序的多样性,是指因行政行为性质上的差异性导致所遵守的行政程序在客观上呈现出多种行政程序并存,并有各自调整行政行为的格局。行政程序的多样性至少有以下几个方面值得注意:

其一,行政程序的多样性增加了行政程序法典化的难度。要将多种不同性质的行政程序规定在一部法典中,不仅需要较深厚的行政法学理论作指导,而且也要有相当娴熟的立法技术相配合。这一点对于一个法治刚刚起步的国家来说将是巨大的挑战。

其二,尽管行政程序存在着多样性之特点,但是在不同性质的行政行为中客观上仍存在着基本相同的行政程序。从法学理论上深入研究和分析这部分行政程序,可以为制定统一的行政程序法典提供理论和现实的基础。

其三,行政程序的多样性要求我们既要关注各种行政行为之间共同遵守的行政程序,也要关注每种行政行为所具有的特殊行政程序,必要时,也可以在统一的行政程序法典中加以特别规定,并在适用时以特别行政程序优于普通行政程序之规则调整之。

(三) 分散性

行政程序的分散性,是指因为通过多种法律形式(如我国法律、法规和规章)规定行政程序,从而使行政程序分散于由众多的、具有不同效力的法律文件之中。对于这一特征,我们可以从以下几个方面作进一步分析:

其一,在统一的行政程序法典之外存在着单行的规定行政程序的法律文件。