

Investigation on Discrimination in Employment and Legal Countermeasure

# 行政程序立法研究

《行政程序法》草案建议稿及理由说明书

马怀德 主编



法律出版社

ESS CHINA

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目招标课题成果

# 行政程序立法研究

——《行政程序法》草案建议稿及理由说明书

主 编：马怀德

撰稿人：（以姓氏笔画为序）

马怀德	王万华	刘 莘
刘东生	应松年	陈斯喜
肖凤城	杨伟东	李洪雷
李 昕	李 琦	张旭勇
高家伟	薛刚凌	

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

行政程序立法研究:《行政程序法》草案建议稿及理由说明书/马怀德主编.—北京:法律出版社,2005.9  
ISBN 7-5036-5856-8

I.行… II.马… III.行政程序—程序法—立法—研究—中国 IV.D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 108670 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王扬

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/29 字数/528千

版本/2005年12月第1版

印次/2005年12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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5856-8/D·5573

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 序 言

## ——课题总体介绍

本课题的主要任务是拟制一部我国的行政程序法专家建议稿。根据立法工作的一般规律,在起草法律之前,应当对制定这一法律的必要性和可能性进行论证。为此,课题组对我国制定统一的行政程序法是否确有必要、是否切实可行进行了探讨,形成了对以下问题的基本考虑,作为课题成果的一个组成部分。

### 一、行政程序法的价值

实施任何行为都离不开一定的方式、步骤、顺序以及时间的延续性,这就是行为的程序。当法律要求某种行为必须符合一定的程序时,程序就是对实体活动的约束。程序与实体同等重要,程序的不当必然导致实体结果的不公正,程序的违法同样会导致行为的最终违法。行政行为同其他行为一样,有一定的方式、步骤、顺序以及时间的延续性,即行政程序。行政程序的法律意义,主要表现在它与行政机关的实体行政活动的关系上。行政程序的主要作用,首先是保证实体法的实施,实现实体正义。法律要求将行政程序作为行政实体职权合法的必要条件,将程序因素纳入实体权力的实现过程。同时,行政程序还具有宪法上的重要意义,承载着实现个人权利、落实宪法理念的重要作用。在行政活动涉及个人基本权利时,当事人有权提出自己的观点和主张,甚至参与到整个行政决策中,国家机关有义务去保证这一程序权利的实现。任何违反公正程序的行政活动,都有可能构成对公民基本权利的侵犯。按照杰里·马修的观点,程序理性是公认的按照实质标准做成决定的最可靠方法。因为人性是容易犯错的,可能因为偏见或者特别利益等不可捉摸的心理因素而影响判断,所以,为了追求客观、理性、公正的决定,必须有程序法的規制,用以创造团体意识和尊重人性尊严,使人们能够预见政府行为,减少裁量行为的错误,从而精确地实现实体法。<sup>〔1〕</sup>

法律程序应当体现一定的法律价值,并以此来指导法律程序的运作。法律程序的差异性会使不同的程序承载不同的法律价值内涵。然而,一种法律程序应体现何种法律价值,并不是人们主观意志的产物,在很大程度上取决于法律程序所承

---

〔1〕 Jerry L Mashaw, *Due Process in the Administrative State* (New Haven: Yale University Press, 1985), p. 105.

载的实体法内容性质。<sup>〔2〕</sup>目前法学界关于法律程序价值的讨论可谓见仁见智,形成不同的法律程序价值观。其中最具代表性的是程序工具主义和程序本位主义。此外,还有重视程序效益价值的经济效益主义程序理论。

程序工具主义认为法律程序仅仅是实现实体法的工具和手段,程序服务和依附于实体,不具有独立价值,程序法是实现实体法的“辅助法”。这种观念与法律工具主义理论有密切关系。在西方思想史上这种程序观可追溯到功利哲学的创始人边沁。<sup>〔3〕</sup>20世纪90年代以来,随着我国法律价值观念的转变以及对法律程序研究的深入,程序工具主义受到质疑和批判,但在实务界,程序工具主义观念仍然顽固地存在着。“先定后审”、刑讯逼供等现象并没有得到改观。<sup>〔4〕</sup>既然程序仅为实体而存在,为达到实体所要求的程序就可以抛弃,程序工具主义便自然会演变成程序虚无主义。

程序本位主义把程序放到一个高于实体的地位,认为程序高于实体。不公正的程序无论其结果如何都不可以接受,公正的程序不论结果如何都可以接受,都是正当的。正如美国大法官杰克逊所言:“程序的公平性和稳定性是自由的不可或缺的要素。只要程序适用公平,不偏不倚,严厉的实体法也可以忍受。”<sup>〔5〕</sup>判断程序的价值并不在于实现程序之外的某种目的的有效性,而在于看其本身是不是具有一定的“内在品质”。程序本位主义主要盛行于英美国家。20世纪“富勒的程序自然法理论、罗尔斯的程序正义论、哈特对‘法是规则’的程序性解读、萨默斯的‘程序价值’理论等就是这种程序价值理论的表现”。<sup>〔6〕</sup>美国法律中所谓“正当程序革命”正是从程序本位的立场来强调法律程序对于整个法律制度的意义。<sup>〔7〕</sup>但程序本位主义过于关注程序本身的正当性,程序决定结果,在一些情况下便演变成程序形式主义。我国学者在抛弃程序工具主义观之后,既承认程序相对于实体的工具属性,同时亦承认程序的独立价值和自身“内在品质”。这种折中的程序价值观反映在行政程序中,就是强调程序的公正价值的同时,仍然看到程序在提高效率和维护秩序方面的价值。

### (一)公正价值

人们通常把公正分为实体正义和程序正义两种。实体正义是指立法者在确定人们实体权利义务时所遵循的价值标准,如平等、公平、合理等。而程序正义是

〔2〕 参见应松年、刘莘主编:《行政处罚法理论与实务》,中国出版社1996年版,第143页。

〔3〕 参见应松年主编:《行政程序法立法研究》,中国法制出版社2001年版,第62—63页。

〔4〕 参见王敏远:“轻程序的现象、原因及其纠正”,载《法学研究》1994年第5期,第86页。

〔5〕 宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第375页。

〔6〕 参见徐亚文:“正当法律程序的法律分析”,载庄金锋、崔惠平主编:《跨世纪法理学回顾与展望》,上海社会科学院出版社2000年版,第210页。

〔7〕 参见应松年主编:《行政程序法立法研究》,中国法制出版社2001年版,第65—66页。

立法者在程序设计、司法者在操作过程中所要实现的价值目标。程序正义与实体正义有着内在的联系。实体正义是一种结果价值,而程序正义是一种过程价值。它主要体现在程序的运作过程中,是评价程序本身正义与否的价值标准。鉴于程序正义逐渐发展为一种独立的价值标准,其内涵也日渐丰富。英美法最早倡导的自然公正原则要求行政机关作出影响公民权益的决定时,必须承担公平行为的义务,赋予当事人表达意见的机会,根据可信的符合逻辑的证据,作出公正的行政决定;非经听证程序,任何行使公共权力的机关均不得剥夺个人的财产权利。此后,又发展出了程序中立、平等参与、程序公开等新的程序要求。我国近年来出台的各种行政法律不仅吸收了程序正义原则的大部分内容,而且在具体的法律中不断强调程序在行政实体法律关系中的作用。比如,在行政处罚程序中,拥有行政处罚权的行政机关处于优势地位,受处罚人明显处于劣势地位。在这种法律关系中,受不正当的利益驱动,拥有处罚权的行政机关可能会凭借其优势的地位损害受处罚人的合法权益;受处罚人却因其没有与行政机关对等的实体权利而无法抗拒这种不法侵害。这实际上就形成了一种法律上的不公正。如何纠正这种不公正,以保护受处罚人的合法权益不受行政机关不合法处罚的侵害呢?只能依赖于公正的行政程序。《行政处罚法》规定,行政机关实施行政处罚权必须遵守法定程序,否则将产生不利的法律后果。行政处罚程序对行政机关来说是一种义务,而对于行政相对人来说则是权利。行政相对人可以运用这种程序上的权利对抗行政机关,可以以行政处罚不符合法定程序为由对行政处罚不予接受或要求有关国家机关追究行政机关的法律责任。这样,行政机关享有实体上的处罚权,但必须遵守程序上的义务;行政相对人没有实体上的对抗权利,但具有程序上的权利,同时必须遵守实体上的义务,从而达到行政机关与行政相对人权利义务的最终平等,实现法律公正。为了实现公正价值,《行政处罚法》为行政机关实施行政处罚权设定了许多必须遵守的程序。如处罚前及时通知相对人,使相对人有机会对裁决问题作出准备,对裁决将要涉及的法律问题和事实问题进行答辩和防卫;如有关行政处罚的规定要公布,未经公布的不得作为行政处罚的依据;如听证由行政机关非本案调查人员主持、执法人员与当事人有直接利害关系的应当回避;等等。不仅行政处罚程序如此,其他行政程序也同样看中程序在实现公正方面的价值。由此观之,追求实体公正是程序法的首要价值。

## (二)效率价值

实现公正并不是行政程序的惟一法律价值。从行政权的本质需要看,它还要求行政程序能够体现效率的法律价值。行政与效率的密切关系决定了行政权,进而反映到行政程序上,不能没有效率的烙印。<sup>〔8〕</sup>行政程序应当有利于提高行政

〔8〕 应松年、刘莘主编:《行政处罚法理论与实务》,中国出版社1996年版,第144页。

效率,保护行政管理的正常进行,维护行政秩序的稳定性。效率价值在行政程序中主要体现在下面几方面:(1)立案、调查、行政行为的作出以及执行等,都要遵守一定的期限及一定的形式;当事人提出意见、文书阅览、申请回避、申请复议等也必须遵守一定的期限和形式。(2)行政复议、行政诉讼不停止行政行为的执行。(3)简易程序。(4)行政程序中规定必要的强制措施和紧急处置权。(5)允许依法授权及委托。(6)管辖权依法转移。(7)实行行政协助等。

### (三)秩序价值

以规范行政权合法运作为目的的行政程序,在体现公正价值和效率价值的同时,还应当体现为秩序价值。行政程序的秩序价值是通过两种途径实现的。首先,行政程序的参与机制保障了利害关系人的知情权和事先获得告知的权利,增加了行政机关与相对人之间的沟通,使得行政决定变得更容易接受,为行政权力的顺利平稳行使提供了可能,也为行政活动的最终目的提供了秩序保障。另外,行政法律规范作为一种具有普遍约束力的行为规范,为人们预设了符合社会公共利益的行为模式和法律后果,从而要求人们根据自己意志在法定行为模式中活动,并承担由此引起的法律后果。在这种法律规范的背后实际隐藏着内容丰富、和谐的社会关系。如果这种社会关系被扭曲、被破坏,势必会影响到该社会的正常秩序,而正常、稳定的社会秩序则是社会存在和发展的根本保障。国家行使行政权力的目的就是维护这种正常、稳定的社会秩序,但能否有效维护和实现这种秩序,又在很大程度上取决于程序的设计。从这个意义上来说,行政程序的秩序价值与公正、效率价值同等重要。

## 二、行政程序法的立法意义

由于行政行为的多样性和复杂性,行政程序法律规范可以同相关行政行为的实体法相结合,分散制定在各个行政法律中;也可以按照行政行为的分类,分别制定多部行政程序方面的法律。此外,由于行政行为在程序上具有明显的统一性,因而又可以制定一部统一的行政程序法典,并以其他行政程序方面的法律以及分散在各个行政法律中的行政程序法律规范作为这部法典的补充。20世纪后半叶以来,世界上越来越多的国家采取制定统一的行政程序法的方式对行政程序进行法律规范。

制定统一的行政程序法的意义可以从政治文明和经济建设两个方面来考察。

### (一)从政治文明的角度看

制定行政程序方面的法律规范是一个国家民主与法制建设发展到一定程度的必然产物,而制定统一的行政程序法则标志着一个国家民主与法制建设迈上了一个更高的台阶。在世界范围内,行政程序法的发展已有一百多年历史。特别是近50年来,世界上有几十个国家制定了统一的行政程序法,20世纪90年代,世界各国更是形成了制定行政程序法的热潮,我国周边的日本、韩国等国家,以及我国台

湾、澳门等地区也都在 20 世纪 90 年代制定了行政程序法。我国在最近二十多年的法制建设中,也陆续制定了许多行政程序方面的法律规范。一百多年来世界许多国家制定和实施行政程序法的实践表明,行政程序法是建设廉洁、高效的政府机关,促进社会稳定与发展,保障公民正当权益的重要法律制度。这是由行政程序法的基本性质决定的:

第一,制定行政程序法意味着对行政机关行使权力的方式和过程进行约束。世界各国行政程序法的基本理念和主要内容,都是规定行政机关在实施行政行为过程中的步骤、方式、时间和顺序,关于相对人行为的程序性规定只是此类法律的附属组成部分。这表明行政程序法在性质上是对行政主体实施行政行为的程序进行规范,而不是对行政相对人的行为程序进行规范。这样,一个国家的政治民主和政治文明如果尚未具备一定的发 展基础,就不可能把制定行政程序法摆上法制建设的议事日程;也正因为如此,行政程序法是一个国家政治民主和政治文明得到较大发展的重要标志。

第二,制定行政程序法意味着对政府的制度设计达到较高的水平。行政程序法的目的是提高行政效率,防止行政主体失职、越权和滥用职权,以及保护相对人的合法权益。行政程序法只是将有助于实现这些目的的行政程序上升为法律规范,而不是把全部行政程序都予以法律化。这样,制定行政程序法就需要对实施行政行为的程序进行深入的研究,区分哪些程序与实现上述目的有关,应当上升为法定程序,要求行政机关严格执行,否则将承担法律责任;哪些程序与实现上述目的无关,可以作为非法定程序,行政机关根据实际情况自由决定以何种方式、步骤、时间和顺序进行。这种深入的研究和区分以及由此形成的精细设计,实际上是国家制度高度发展的表现。

第三,制定行政程序法意味着对公民权利的深层次保障。随着政治民主和政治文明的发展,公民的权利意识逐步从实体方面向程序方面扩展。公民不仅要求政府行为的结果符合他们的合法权益,而且要求政府行为的过程也符合他们的合法权益。具体来说,就是要求了解和参与政府管理活动的过程,要求政府在管理过程中听取他们的意见。行政程序法正是顺应这种要求的法律制度,其核心是建立公民(行政相对人)了解和参与行政行为过程的法律制度,把公民(行政相对人)对行政活动的了解和参与上升为他们的法定权利。对公民程序性权利的保障实际上是对其实体性权利的深层次保障,因此,制定行政程序法表明对公民权利的保障更为深入。

第四,制定行政程序法是对社会效率和公民权利的综合平衡。一般来说,社会效率与公民权利似乎是一对矛盾,发展公民权利可能会影响社会效率,比如提高社会生活的运行成本,降低社会生活运转的速度等。因此,一个国家的政治民主发展到一定阶段,必然会遇到如何对两者进行平衡的问题。行政程序法正是对社会效



率与公民权利进行平衡的重要法律制度。行政程序法并不以削弱公民权利来提高社会效率,也不以降低社会效率来保障公民权利。它平衡社会效率和公民权利的基本思路主要以提高行政主体的工作效率来提高社会效率,同时也在不影响相对人程序性权利的前提下,对相对人的行为效率提出适当的要求。这样,社会效率并不因保障公民权利而降低,反而由于保障了公民的程序性权利,从程序上保证了行政行为结果的公正性,提高了社会总效率;同时,公民权利也不因提高社会效率而降低,反而由于行政效率和社会总效率的提高,从根本上得到了保证。

## (二)从经济建设的角度看

制定统一的行政程序法是完善我国社会主义市场经济制度的必然要求,尤其是我国加入 WTO 以后,制定统一的行政程序法是我国履行有关国际义务,提高我国企业国际竞争力的需要。行政程序法是在加强政府管理职能的条件下扩大公民权利、保障公民自由的法律制度。从经济角度看,这一制度是与 20 世纪占主导地位政府管理下的市场经济相适应的,它既是这种经济形态的产物,又是这种经济形态不可缺少的成分。中国正在建立和完善的社会主义市场经济体制,正是这样一种经济形态,因而必然要完善行政程序法。近 20 年来,中国之所以制定越来越多的行政程序方面的法律规范,其原因就在于我国社会主义市场经济体制在不断向纵深发展。可以说,我国行政程序法律制定基本完善之日,也将是我国社会主义市场经济体制基本完善之时。具体来说,制定统一的行政程序法在经济建设方面的意义表现在以下几个方面:

第一,制定统一的行政程序法是加强政府对市场经济活动的管理、服务和保障功能的需要。市场经济条件下的生产经营活动需要政府通过管理提供服务和保障,同时又不能因政府的管理活动而受到不适当的干预。要同时达到这两个目的,就必须对各级行政机关的管理活动进行程序性控制。行政程序法通过推行科学合理的程序规范,可以防止和制止行政机关及其工作人员在对经济活动进行管理时,出现超越权力、滥用权力、推诿、拖拉等各种不利于经济活动的现象,使政府成为健康的经济活动的保护神和加速器。

第二,制定统一的行政程序法是建立我国统一市场的需要。一个实行市场经济制度的国家必须形成本国国内的统一市场,不允许这个市场被分割;而且这个市场还应当与国际市场接轨,以使外国企业能够进入本国市场,本国企业能够进入世界大市场。要建立和健全这样一个统一市场,就必须在程序上统一规范各地、各级政府机关的行政行为,从程序上铲除地方保护主义的土壤。因此,制定行政程序法是建立和完善全国统一市场和与世界大市场接轨的必要步骤。

第三,制定统一的行政程序法是保证中国市场准入的需要。我国加入 WTO 后,建立和完善国家统一市场并与国际市场充分接轨,不仅是提高我国在国际社会竞争力的需要,而且是加入 WTO 所承担的国际义务。WTO 要求中国开放国内市

场,这一要求不但要体现在实体法上,而且要体现在程序法上。如果在实体法上规定了外国企业可以进入中国各开放行业,享受国民待遇或其他待遇,但在程序法上却没有相应的规定,外国企业在办理各种行政许可时“丈二和尚摸不着头脑”,在海关、税务、工商、交通运输、保险、治安、环境保护、劳工、纠纷解决等各种程序上步履维艰,那么中国市场就不能被认为是开放的。这一要求还体现在另一个方面,就是要求中国市场应当是一个全国统一的市场,而不是各地有差异的市场。落实这一要求不但需要各地政府部门进行管理所依据的实体法统一起来,而且还要求他们所依据的程序法也统一起来。如果在此地执行的一套程序到了彼地就不灵,那么这样的市场就不是统一的,而是割据的,同样不能适应加入 WTO 的要求。

第四,制定统一的行政程序法是提高中国企业国际竞争力的需要。加入 WTO 以后,我国企业即使不出国门也如同置身于国际市场,面对更加严峻的考验,这要求我国企业有更高的生产效率,以提高竞争力。在这样的情况下,各级政府有责任为提高我国企业的国际竞争力服务,使我国企业不但在国内,而且有能力迈出国门参与正当的经济竞争。要提高我国企业的国际竞争力,就要使我国行政机关的行政效率与国际社会接轨;否则,就不可能达到提高企业效率的目的。企业的竞争力来自效率,而企业的效率在很大程度上取决于政府的行政效率。比如项目的批准、许可证的发放、出入境手续的办理、纠纷和争议的裁决等,企业所有这些活动都受到政府行政效率的影响。因此,我国企业走向国际社会,势必要求制定细致而完善的并且是统一的行政程序法。

综上所述,为了推动我国建设社会主义法治国家的进程,完善社会主义市场经济制度,应当把制定统一的行政程序法摆上立法的议事日程。

### 三、制定行政程序法的可行性

我国已经具备制定统一的行政程序法的基本条件。我国建国之初就有一些法律法规制定了行政程序方面的规定,但从那时起到 20 世纪 80 年代初,我国行政程序方面的立法不但数量少,而且没有形成相应的法律意识和观念。我国行政程序立法真正起步于 80 年代后期,从那时以来,我国的行政程序立法可以分为三个发展阶段。一是起步阶段,在《治安管理处罚条例》等法律法规中制定了行政程序方面的规定,在《行政诉讼法》中制定了关于“行政程序违法”的规定。二是拓展阶段,在以行政实体法为主要内容的法律法规中越来越多地结合制定了行政程序方面的规定,并且制定了《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》、《行政复议法》、《行政处罚法》等以行政程序为主要内容的专门法律。三是发展阶段,即目前正在从程序规范与实体规范结合规定,以及专门行政程序法继续完善的状态,向制定统一的行政程序法过渡的发展过程中。

经过最近二十多年的法制建设,我国已经为制定统一的行政程序法奠定了宪法和法律制度方面的基础。

首先,我国《宪法》第2条、第27条、第33条、第41条等规定为制定行政程序法提供了国家根本法上的依据。

统一的行政程序法应当是一部基本法律,制定这样一部法律应当有宪法上的依据。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的参与原则的宪法依据。《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的听证制度奠定了宪法基础。《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的公正原则的宪法依据。《宪法》第41条第1款规定:“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的参与和复审原则的宪法依据。宪法的这些规定,已经为制定统一的行政程序法提供了足够的基础。当然,我国宪法尚无关于“正当程序”的明文规定,今后,随着行政程序法的发展,应当选择适当时机在宪法中补充这一规定,以使行政程序法的宪法依据更加完善。但这并不妨碍根据宪法现有规定制定我国行政程序法。

其次,我国许多法律法规已经规定了行政程序方面的制度,为制定统一的行政程序法提供了制度方面的基础。

我国许多法律法规已经建立了一些行政程序方面的法律制度。在抽象行政行为(制定行政法规、规章和其他行政规范性文件的行为)的程序方面,主要是我国《立法法》规定了有关的程序制度。如《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。”这是行政程序法的听取意见制度。该法第59条第1款规定:“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。”这是行政程序法的起草审查制度。该法第61条和第62条分别规定:“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。”这是行政程序法的公布制度。此外,国务院、地方各级人民代表大会和地方人民政府也制定了不少相应的规定。

在具体行政行为(行政许可、行政决定、行政处罚、行政裁决等针对特定对象的具体事项所作的行政行为)的程序方面,更有许多法律法规制定了大量的程序制

度。特别是1990年以来,我国制定了多部包含比较丰富的行政程序制度的法律。如:1990年10月起施行的《行政诉讼法》;1991年1月起施行的《行政复议条例》(后为1999年10月起施行的《行政复议法》所取代);1995年1月起施行的《国家赔偿法》中的行政赔偿部分;1996年10月起施行的《行政处罚法》;2004年7月起施行的《行政许可法》等。这几部法律规定了我国几个重要领域的行政程序:行政处罚程序、行政复议程序、行政赔偿程序和行政许可程序。《行政诉讼法》规定了行政行为违反法定程序的后果,使我国行政程序法律制度得到了较大的发展。其中《行政处罚法》关于处罚程序的规定尤其反映了我国行政程序法的重大进步。该法第五章专门规定了作出行政处罚决定的简易程序、一般程序和听证程序,其中包含着表明身份制度、统一格式制度、说明理由制度、告知权利制度、听证制度、审执分离制度、回避制度、合议制度等许多重要的行政法律制度,体现了行政程序法的各项基本原则。特别是《行政处罚法》规定的听证程序,更是我国行政程序立法的一个重要突破。《行政许可法》首次肯定了行政许可领域的合法信赖保护原则,使我国的行政程序立法更加完善。

具体来说,我国的法律法规主要已经建立了如下行政程序制度:(1)表明身份制度。2003年6月28日全国人大常委会通过的《中华人民共和国居民身份证法》第15条规定,人民警察依法执行职务,遇到某些情形,经出示执法证件,可以查验居民身份证。1995年7月20日国务院发布的《中华人民共和国出境入境边防检查条例》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《中华人民共和国刑事诉讼法》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,除有碍侦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,在二十四小时以内,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以外,应当把逮捕的原因和羁押的处所,在二十四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条第1款规

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。1999年4月全国人大常委会通过的《中华人民共和国行政复议法》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。2005年6月全国人大常委会通过的《中华人民共和国治安管理处罚条例》第四章规定了行政处罚的程序，即调查—决定—执行的顺序，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入境管理法实施细则》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。”上述这些程序制度为我国制定统一的行政程序法提供了比较坚实的立法实践基础，起草并尽早出台这样一部法律的条件已经成熟。

#### 四、本课题研究的基本问题

自20世纪80年代以来，我国专家学者对制定统一的行政程序法的关注和研究日益深化，在比较深入地了解其他国家和地区行政程序法情况的基础上，就我国制定行政程序法的许多重要问题展开了比较广泛的讨论。根据专家学者们的意见，应当首先对影响行政程序法全局的一些基本问题首先予以考虑，以便指导本课题承担的行政程序法专家建议稿的拟制工作。

##### (一)关于行政程序法的目标模式

法律的立法目的常常不是单一的，许多法律都有两个甚至多个立法目的。当法律不止一个立法目的时，需要明确它们之间的关系，否则法律在实施中就会发生困难。对立法目的之间关系的确定，被称为法律的“目标模式”。确定法律的目标模式非常重要，它决定着—部法律的主要制度安排，并且影响着这部法律每一项具体的制度安排。行政程序法主要有两个立法目的：一是保障公民程序性权利；二是提高行政效率。因此，对这两个立法目的之间的关系应当加以明确，形成行政程序法的“目标模式”。根据对各国行政程序法的研究，行政程序法主要有两种立法模式：一种是“权利模式”，侧重保障公民的程序性权利；另一种是“效率模式”，侧重提高行政效率。

近几年，我国许多专家学者对我国行政程序法的目标模式作了很多研究，得到比较广泛认同的主张是，我国行政程序法既不应采取“权利模式”，也不应采取“效率模式”，而应当采取“权利效率并重模式”。这一模式要求在设计各种程序制

度时做到两种立法目的兼顾,既要有利于保障公民程序性权利,又要有利于提高行政效率。本课题组赞同确立“权利效率并重模式”的主张,因为它既强调保障公民程序性权利的重要性,也强调提高行政效率的重要性,不因强调实现一个立法目的的重要性而忽视实现另一个立法目的的重要性。

在立法时体现法律的目标模式可以有三种办法:第一个办法,把目标模式同立法目的写在同一个条文中,用以表明立法目的之间的关系;第二个办法,把目标模式作为一项基本原则,与法律的其他基本原则规定在一起,用以指导这部法律的实施;第三个办法,在规定每一项程序制度时都充分考虑如何体现法律的目标模式。用前两个办法来体现行政程序法的目标模式都不可取。首先,目标模式在性质上不是立法目的,而是对立法目的之间关系的确定,因而不宜作为立法目的组成部分来规定。其次,目标模式在性质上也不是行政程序法的基本原则,因为行政程序法的基本原则是关于行政主体与相对人在行政活动中的程序性权利义务的原则性规定,而不是关于立法目的之间关系的原则性规定,因而目标模式也不能当做基本原则来规定。再者,从法律实施的角度看,采用前两个办法还可能引起实施过程中的问题。因为,在行政程序法的立法目的或基本原则中规定“保障公民权利与提高行政效率具有同等重要的意义”的条文之后,如果在具体的制度设计中不对权利与效率的冲突作出具体的规定,就等于把这种冲突交给法律的实施者去解决,成为立法的“遗留问题”;如果在具体的制度设计中,对权利与效率的冲突作出具体规定,又会因为同时存在着原则性规定而给法律实施者提供用原则性规定否定具体规定的可能性,反而给法律的实施造成不必要的混乱。所以,在制定行政程序法时,体现“权利效率并重模式”应当采用第三个办法,就是把“权利与效率并重”作为立法者的指导思想,在设计具体制度时逐个地解决权利与效率之间可能发生的冲突,这样才能使“权利效率并重模式”落到实处。也就是说,目标模式应当是立法者经过深入研究形成的立法精神,它不是立法目的,而是立法者对立法目的之间关系的处理原则;它也不是法律的基本原则,而是立法者处理各项原则之间关系的基本思路。因此,目标模式应当体现在每一项制度设计中,而不是把它直接以条文方式写出来。

## (二)关于行政程序法的结构

程序具有“时间性”这一基本特征,它对程序性法律的结构产生重要影响,使程序性法律在结构上基本按照“时间流程”安排各项程序制度,形成以时间为主线的“线性结构”。《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》都是这样。行政程序法作为程序性法律,在结构上也应当考虑到程序的时间性,也应当采用这种“线性结构”。但是,行政程序法与诉讼法又有不同之处。诉讼法通常只规定某一种诉讼行为的程序,比如《刑事诉讼法》只规定刑事诉讼行为的程序,《民事诉讼法》只规定民事诉讼行为的程序,而不把各种诉讼程序规定在同一部诉讼法中。这样,诉讼法在结构上不需

要考虑两种以上诉讼行为程序之间的关系。行政程序法则不同,它把各种行政行为的程序规定在同一部法律中,包括行政规范、行政许可、行政指导、行政合同等各种行政行为的程序制度。这样,行政程序法在结构上就不能只考虑程序的时间性,还要考虑各种行政行为之间的关系。这是制定我国行政程序法在结构上必然要遇到的一个重要问题。

行政程序法的结构大致有三种选择:第一,并列式——按照行政行为的类别确定行政程序法的基本结构。整个行政程序法分为若干组成部分,每一部分为一种行政行为的程序,各个部分内部采用线性结构,但整个行政程序法不是线性结构,而是并列结构。这种结构的特征是以行政行为的类别为结构基础,程序的时间性从属于行政行为的类别。第二,总括式——打破行政行为的类别界线,按照行政程序的时间性确定行政程序法的基本结构。这种结构与诉讼法的结构十分相似,其特征是以程序的时间性为结构基础,行政行为的类别从属于行政程序的时间流程。第三,总分式——行政程序法分成两大部分,上半部分采取总括式,下半部分采取并列式。这种结构的特征是兼采上述两种方式,既作通则性规定,也作分则性规定,能统则统,不能统则分。

行政程序法采用并列式结构不可取。这种结构使行政程序法像一部各类行政行为程序法的“汇编”,由于各类行政行为的程序有许多共性,因而这种结构使许多程序制度在同一部法律中大量重复,整个法律冗长、拖沓。从表面上看,这种结构似乎有一个优点,就是各类行政行为的程序自成一体,方便法律的实施。但这个优点完全可能被法律的冗长、拖沓抵消掉。所以,世界各国行政程序法基本上都不采取这种结构方式。同时,行政程序法采用总括式结构也有不足。这种结构对各类行政行为共有的程序制度进行归纳重组,显然能够克服并列式结构冗长、重复的缺陷,使行政程序法结构简洁、条理清晰。但它不能兼顾各类行政行为特有的程序制度,为此,各类行政行为还需要另行制定程序性法律,使行政程序法仍然不能充分发挥作为行政程序法典的作用。这样,行政程序法采用总分式结构是比较好的选择。其一,总分式结构能够充分体现制定集中系统的行政程序法的必要性。行政活动复杂、多样,为了实现行政法制的统一,应当力求使行政行为统一起来。由于在实体上实现行政行为的统一十分困难,各国主要谋求在程序上实现行政行为的统一。行政程序法担负着这个重要职能,它要在程序上实现行政行为的统一性。采用总分式结构,以通则性程序制度为主体,就能使行政程序法不负这一使命。其二,总分式结构能够较好地处理行政程序法与各类行政行为法的关系。行政程序法并不能取代各类行政行为法,因为各类行政行为法还需要规定各自的实体规范以及特有的程序规范。如果行政程序法不能与各类行政行为法有机地衔接起来,整个行政法体系依然是松散的。总分式结构通过适当的分则性规定可以起到与各类行政行为法衔接的作用,使行政法体系形成一个有机整体。其三,从根本上讲,

总分式结构是行政法体系对行政程序法的必然要求。行政程序法在行政法体系中处于基本法律的地位,它与各类行政行为法形成“扇形”结构关系。体系的结构关系必然影响法律内部的结构,处于基本法律地位的行政程序法因此而被要求采取总分式结构。所以,总分式结构被大多数国家的行政程序法所采用。鉴于以上分析,本课题组形成的行政程序法专家建议稿也采用总分式结构。

### (三)关于行政程序法是否应当规定内部程序

行政程序分为内部程序和外部程序。内部程序不涉及相对人程序性权利义务,仅对行政机关适用;外部程序涉及相对人程序性权利义务的规范,适用于行政主体与相对人的关系之中。行政程序法除了规定外部程序以外,要不要规定内部程序?一些学者对这个问题已经作了研究,认为行政程序法应当规定内部程序。有的学者分析了其他国家和地区行政程序法是否规定内部程序的做法,概括为两种情况:一种是“外部程序型”,只规定外部程序而不规定内部程序。采用这种类型的国家比较少,主要是美国、日本和瑞士。另一种是“外部与内部并存型”,既规定外部程序,也规定内部程序。采用这种类型的国家和地区有德国、奥地利、西班牙、葡萄牙、我国澳门地区和我国台湾地区等。

本课题组认为,行政程序法规定内部程序是必要的。其一,从总体上讲,内部程序是外部程序的前提或基础,不规定内部程序,外部程序就无法展开。比如,行政程序的启动有两种情况:一种是行政主体依相对人的申请启动,一种是行政主体依自己的职权启动。无论哪一种方式,都要以行政主体的存在为前提或基础。而行政主体是通过内部程序建立的,没有关于行政主体成立的内部程序,外部程序便没有前提或基础。所以,正如民法要对民事主体作出规定一样,行政程序法也要对行政主体作出规定。其二,内部程序和外部程序并无严格的界限,它们常常随着具体情况发生转化或渗透,内部程序可能转化外部程序,外部程序也会渗透到内部程序中。比如行政机关内部的会议纪要,从理论上似应属于内部程序,但在有关行政信息公开的程序制度中,或者在有关制定行政规范的程序中,很可能属于涉及相对人权利义务的“外部”程序。又如调查,一般来说属于影响相对人权利义务的外部程序,但它显然会渗透到行政主体内部,比如对行政机关工作人员进行调查时的人数作出规定。其三,许多内部程序都存在着间接涉及相对人权利义务的可能性。比如,行政机关之间的相互关系对相对人权利义务就有影响,如果行政机关之间不能很好地协调,互相推诿或者互相争抢管辖权,就可能对相对人产生不利影响。因此,在行政程序法中应当对内部行政程序加以规定。鉴于上述认识,本课题组形成的行政程序法专家建议稿采用“外部与内部并存型”,规定了较多的内部程序。

### (四)关于行政程序法是否应当规定实体规范

行政程序法除了规定程序规范外,要不要规定实体规范?这也是制定行政程序法应当研究的基本问题。一些学者对其他国家和地区的行政程序法作了分析,



认为在这个问题上做法不一,大致分为两种类型:一类是“程序型”,行政程序法只规定程序规范,不规定实体规范。属于这种类型的国家主要有美国、瑞士、日本、韩国等。另一类是“程序与实体并存型”,不仅规定程序规范,还规定实体规范。这种类型以德国为代表,包括奥地利、西班牙、荷兰、葡萄牙、我国澳门地区和我国台湾地区等国家和地区。

有的学者阐述了行政程序法应当规定实体规范的理由。一是程序法中规定实体规范的做法在我国立法实践中已有先例,比如《立法法》、《行政处罚法》等,属于程序法,但其中不乏实体规范。二是实体规范作为程序法的补充,不但不会改变程序法的根本属性,反而更有利于程序法价值的实现。三是行政实体法有很多重要原则和内容来不及立法,这些原则和内容是行政程序法起码的前置内容或先决条件,若不在行政程序法中作出规定,行政程序法就得不到应有的支撑。由此得出结论,行政程序法主要规定程序规范,但同时还要规定一些必要的实体规范。

本课题组同意行政程序法应当规定实体规范的主张,但感到有的学者对此阐述的理由并不妥当。在行政程序法中规定实体规范,并不是作为程序法的补充,也不是作为权宜之计,而是作为行政程序法应有的组成部分。行政程序法中的实体规范与其他行政管理法律中的实体规范在性质上有重大区别,不能混为一谈。在治安管理法、土地管理法、森林管理法、交通管理法等各类行政管理法律中有许多实体规范,这些实体规范所针对的对象是相对人的行为,所规范的内容是相对人应受管理行为的构成要件。即使在行政处罚法这样的在很大程度上也对行政行为本身进行规范的法律中,针对相对人行为、对相对人行为的构成要件作出规定的实体规范也占很大比例。而行政程序法则不同,它完全不规定针对相对人行为的实体规范,只规定关于行政行为本身构成要件的实体规范。这样的实体规范如果另行制定法律加以规定,既没有必要,也不符合逻辑,它们完全应该是行政程序法的组成部分。程序规范与实体规范有时十分紧密地联系在一起,这时,如果在立法上人为地把它们割裂开来,反而有害。鉴于上述考虑,本课题组形成的行政程序法专家建议稿根据条文设计的具体情况,适当地规定了一定的实体规范。

#### (五)关于听证制度的拓展和完善

从许多国家行政程序法的发展来看,听证制度是行政程序法的核心制度,我国行政程序法也将规定这一制度。1996年出台的《行政处罚法》为我国建立听证制度奠定了立法基础,但这部法所规定听证程序只适用于部分行政处罚行为。行政程序法要在其基础上建立起各类行政行为普遍适用的听证制度。

这里需要进一步讨论下列问题:一是听证制度适用于何种的行政行为;二是设置什么样的听证规则。关于第一个问题,学者和立法者将会形成一个比较一致的观点,即听证制度只应适用于对当事人重要权益发生影响的行政行为,而不是适用于一切行政行为。但是,在如何界定“当事人重要权益”的问题上,可能需要进行比