

宪政论丛

功能视角中的行政法

GONGNENG SHIJIAO
ZHONG DE XINGZHENGFA

朱芒 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

功能视角中的行政法

朱芒 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

功能视角中的行政法/朱芒著. —北京:北京大学出版社, 2004. 12
(宪政论丛)

ISBN 7-301-08604-0

I. 功… II. 朱… III. 行政法学-文集 IV. D912.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 001689 号

书 名: 功能视角中的行政法

著作责任者: 朱 芒 著

责任编辑: 李志军

标准书号: ISBN 7-301-08604-0/D·1073

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650×980 毫米 16 开本 13 印张 215 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

自序

作为法学教授,多少应有一本著作来体现自己的学术成就,以此系统地表达自己的学术观点和体系。但我没有。由于自感功力尚欠,一时还难以承受原创或体系等概念的重负,还需来日加倍努力,因而每每被关心我的进步的长者和同辈问及何时出书时,惶恐万分。

其实在1998年夏天刚回华东政法学院工作时,我原本计划利用几年的时间,深入地整理和分析日本行政程序法的相关资料,在留学期间已开始的研究课题(非欧美法基础之上的行政程序制度的形成及其功能的研究)的基础上,整理出一本有关日本行政程序法形成史的书,以此揭示在东亚社会和政治的背景下,在行政程序法制的形成过程之中法的自发与继受、正当程序与法定程序等关系。但回国之后需要进行各种课题的研究,因此一直没能如愿,以至于今天回头审视自己已有的文字时,不免产生零碎的感觉。

只是因为现在走向新的工作单位上海交通大学法学院,在学术生活开始一个新的阶段之时,感觉到有必要对迄今为止的学术作业进行一次整理,以此总结过去和明确未来。基于这样的想法才有了这本集子。

这的确只是一本集子,收录了我这几年在行政法研究方面的几篇主要论文。论文的主题并不集中,其中的共同之处在于对行政法问题的考察视角,基本上集中在功能方面。而且,写作时间愈是向后,在自觉或不自觉中,对这种视角的采用就愈是强烈。

我从功能的角度观察行政法中的问题,起步于1991年至1998年的七年留学日本期间,得益于恩师芝池义一教授(京都大学法学院教授)的教诲。在日本行政法学界,作为关西(京都)学派的领军人物之一,芝池先生便是一位“功能论”学者。1993年他在教科书《行政法总论讲义》(有斐阁出版)的前言中指出:法学研究“不能仅仅以演绎的方式或从制度内在的角度去关注法律制度,从功能的方面进行考察则不失为一个很有益的研究方法”。芝池先生正是基于这种方法对法制度、法概念进行分析,构筑法解释的学术

体系。

在外学习期间所受的在法解释研究层面上的研习训练,无疑使我在解读中国实定法的内涵时有了自己的角度和感受。中国自20世纪70年代末开始的改革开放和法制建设在短短的二十几年的时间内取得了令人瞩目的成果,为我的研究提供了无穷的空间。但是,从另一方面而言,也正是由于法制建设的时间较短,法学界的研究因此主要集中在立法建议和法规评论方面,而法律解释方面的研究也仅处于起步阶段,一时难以形成深厚积累。同时,无论是立足于功能还是其他的角度,解释学层面的研究需要整理和解剖大量的判例。但迄今为止,国内还基本没有系统全面且客观真实的判例可查询,即使在《最高人民法院公报》等出版物上登载的案例,也因为存在以下问题而阻断了对对其进行学术研究的深度:一是这些出版物的编辑者是最高人民法院的一个部门,且有些判决在编写过程中内容被作了修改,因此,从学术研究的定位而言,即使这些判决是由下级法院作出的,其内容也只是表达了最高人民法院的相关部门的观点;二是现有的可查阅到的判例中,判决缺乏理由或者判决理由过于简短,无法清晰地让人读出其中所蕴涵的逻辑关系;三是绝大多数有关案例分析的文献集中在评判判决结论是否正确方面,而缺乏对法官关于相关法规的认识的分析。

在这样的前提之下,为了摆脱基础缺乏的困境,在法社会学的影响下,我开始逐步将对功能的关注角度由法解释的层面转向行政法的具体制度对社会的作用层面。自1998年起,我一方面着手整理有关的基础资料(如《日本的行政许可》、《行政立法程序基本问题试析》等),一方面开始探求具体的行政法制度对社会的实际功能。

1999年底,受上海市政府法制办公室的委托,我主持了一项研究行政复议法的课题。在课题组中,我承担了分析《中华人民共和国行政复议法》第7条和第26条中关于“行政规定”内容的任务。这项课题的研究引发了我对在外形上被称为“红头文件”、“其他规范性文件”、“规章以下的规范性文件”或者“行政规定”等文件究竟在行政规范体系中属于什么的兴趣,因此在课题完成之后,根据上述的研究视角,我继续对此问题展开分析,并将初步研究成果发表于2003年第1期的《中国法学》。在这篇论文中,我通过对法律规范的形式判断标准和实质判断标准以及这两种标准所依存的国家与社会关系的分析,指出行政规定作为无名规范虽然不具有行政法规或规章(有名规范)的外形,但绝不能够断言行政规定之中不存在法律规范,因为有许多行政规定在功能上等同于法律规范。

之后,我将关注的焦点移向更为具体的制度问题。2000年起,我参与了美国福特基金会资助的“中国听证制度研究”课题组,承担其中对行政处罚听证程序的分析任务。此项研究的成果最终形成论文《行政处罚听证制度的功能——以上海听证制度的实施现状为例》,刊登于《法学研究》2003年第5期上。在该论文中,我尝试着分类整理了自行政处罚听证制度施行起至2000年6月底为止上海市发生的131件听证案件,在此基础上通过“要件—效果”的关联框架,分析了听证过程中各方参与人的主张及其被接受的制度空间和机制,指出该项制度除了具有被期待的合法性证明和权益维护等法定功能之外,至少在事实上还存在着纠纷解决功能。

从事上述这些研究的过程本身也使得考察问题的角度不断获得丰富和发展。正是功能的研究视角,使得作为研究者的我在面临各种分析对象时,更加关注转型时期中国的发展进程以及其中国家和社会关系的变化,更加关注法治在实质方面的意义。目前,受上海市教委资助,我正在开展“城市规划形成过程中听证会的功能研究”。作为这个研究课题的第一步,我粗略地整理出一个今后能够归类相关案例的框架(见本书《论我国目前公众参与的制度空间——以城市规划听证会为对象的粗略分析》),为进一步的探讨奠定基础。

总之,本书中收录的几篇论文是从功能考察的角度分析行政法问题的一种尝试。至今的研究成果仅仅标志这种尝试的开始。无论是研究对象的选定还是研究视角的寻觅以及接近研究对象的方法,一切都还在行进的路途之中。在今后的努力中,我还会对其中的相应主题,如行政规定的功能等作更为深入、具体乃至个案性的研究。而这本集子,是作为研究者生涯的一个阶段性小结,仅此而已。

作 者

2004年10月

CONTENTS 目 录

行政处罚听证程序制度的功能

——以上海行政处罚听证制度的实施现状为 分析对象	1
一、序言	1
二、听证程序制度实施的基本情况	2
三、听证程序制度的法定功能和实现效果	5
四、功能的实现过程	7
五、法定功能和事实上的功能	26
六、代结语：功能发生的制度空间	28
附件：听证基本情况调查表	31

论行政规定的性质

——从行政规范体系角度的定位	37
一、序言	37
二、行政规范体系的结构与判断标准	39
三、判断标准的基础：行政职权体系的纵向 等级或内外区别	45
四、行政规范体系中的行政规定	54
五、结语	60

对“规定”审查制度试析

——《行政复议法》第7条和第26条的性质、 意义及课题	62
一、性质：对“规定”的审查制度是一种行政的 间接附带审查制	62
二、意义：扩大利害关系人可参与监督的行政 领域以及强化监督功能	63
三、课题：运作层面上应有的制度创设	67

CONTENTS 目 录

行政立法程序基本问题试析

——发达国家的基本状况以及对我国的启发	70
一、行政立法程序的法渊源	71
二、行政立法程序的调整对象	74
三、行政立法程序的参与主体	76
四、行政立法程序中利害关系人的参与方法	79
五、行政立法程序中的理由说明	82

论行政程序正当化的法根据

——日本行政程序法的发展及其启示	85
一、序	85
二、法治主义理论与行政程序	87
三、实定法上的根据	91
四、日本行政程序法发展的启示	98

开放型政府的法律理念和实践

——日本的信息公开制度	101
一、序言	101
二、信息公开制度的法律性质	102
三、公开的对象文件和不公开信息	111
四、公开的程序	118
五、救济：复议、咨询和诉讼	126
六、结语	134
资料 1：日本《信息公开法》结构图	135
资料 2：日本信息公开法	136

CONTENTS

目 录

日本的行政许可

——基本理论和制度	148
一、行政许可的法律结构:私性自由与 公益性一般禁止	149
二、行政许可的相关制度:特许、认可	153
三、行政许可的程序:制度的统一化	159
四、结语	164

论我国目前公众参与的制度空间

——以城市规划听证会为对象的粗略分析	165
一、问题和分析角度	165
二、听证会的内涵:“听取—参与”关系	166
三、听证会的参与者:“技术—利益”关系	168
四、听证会的适用范围:“法定—裁量”	172
五、结语	175

依法行政:应依何法行政

一、依法行政与形式的法	177
二、依法行政与实质的法	179
三、依法行政与社会活力	180

外国法的意义与中国问题意识

——简评于安《德国行政法》	183
一、《德国行政法》的结构	183
二、《德国行政法》的特点	184

CONTENTS 目 录

SARS 与人身自由

——游动在合法性和正当性之间的

抗 SARS 措施 188

一、抗 SARS 措施与合法性 188

二、抗 SARS 措施与正当性 192

三、合法性抑或正当性：如何选择 194

本书所选论文原登载刊物一览 196

行政处罚听证程序制度的功能

——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象

一、序 言

与发达国家相比,我国行政听证制度的历史尚十分短暂。1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》),在我国划时代地建立了听证程序制度。该法律规定对在作出责令停产停业、吊销许可证或执照或较大数额罚款的行政处罚决定之前,必须告知当事人有权申请听证。该行政处罚听证程序制度自1996年10月1日开始实施。

对中国而言,行政处罚听证程序制度是一项外来的、全新的法律制度,因此,自《行政处罚法》实施以来,在建设社会主义法治国家的背景中,该项制度究竟应该具有什么样的规范性内容、在行政处罚实务中该项制度究竟如何发挥作用以及具有怎样的功能等问题必然引起人们的关注。概观至今为止的研究积累,其中更多地集中了前一方面的成果^①,而这项制度今后在我国如何发展,后一方面的研究则是不可缺少的基础建设。

在上述背景之下,本文将《行政处罚法》实施(1996年10月1日)起至2000年6月底为止在上海市实际发生的行政处罚听证案件作为分析研究的对象,按照一定的方式(见附件表一和附件表二)将有关案件资料进行分类整理后对其法定的功能和实际的功能进行了分析。

^① 有关行政法学在听政方面的成果综述可参见杨海坤主编:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年,第446—474页。

二、听证程序制度实施的基本情况

如上所述,本文的分析对象是1996年10月1日至2000年6月30日上海市实际发生的行政处罚听证案件。通过收集整理这个时间段的有关资料,归纳出了下列基本情况。

(一) 基础资料的概况

(1) 基本状况

本课题研究的对象为自行政听证程序制度实施以来,自1996年10月1日至2000年6月30日止上海市实际发生的行政处罚听证案件。^②如总报告所述,通过收集整理这个时间段的有关的资料,课题组了解到,在这个时间段内,上海市实际发生的行政处罚听证案件总数为359件(其中缺2000年上半年公安案件数)。

(2) 部门个别状况

上述数据是由表1中所列的上海市行政部门所作出的。同时,在本课题的调查中各个行政部门收集到原始材料的听证案件数也列于其后。

表 1

部门	听证实施案件数(件)	收集到原始材料的案件数(件)
环保	29	14
司法	5	5
规划	1	1
民政	7	7
公用	37	37
财税	10	10
房地	20	20

^② 本课题启动之后,我们于2000年5月召集市政府所属的各个拥有行政处罚权的行政机关中从事听证工作的有关人员,要求其将各自机关至2000年12月为止实际发生的听证案件,按照附表1、2规定的方式逐案进行内容分类,连同有关资料,如听证告知书、听证笔录等全部的听证程序过程中涉及的资料的复印件一并交付我们,以便进行具体研究。但由于收集和统计工作缺乏连续性的原因,实际最终进入分析研究的是至2000年6月为止的个案调查资料。

(续表)

部门	听证实施案件数(件)	收集到原始材料的案件数(件)
技监	2	2
卫生	23	8
出入境	2	2
公安	86	4
工商	132	18
物价	2	1
社保	3	2
合计	359	131

表1反映了行政处罚听证制度的基本状况与本文所依据数据资料之间的对应关系。

(3) 调查事项的个别状况

本项研究中的一个重要方面是通过行政处罚听证个案进行分析比较。具体方法为将表1中收集到原始材料的听证案件共131件,按照附件一和附件二中所列项目,对各项有分析价值的要素进行分类整理,在此基础上分析和评价行政听证制度具体的功能。本项研究所调查的事项有许多项,以下是调查所得的部分事项。其中,表2反映了听证涉及的处罚种类的实际情况,从中可以看到,除了《行政处罚法》明文规定必须听证的吊销执照等处罚种类之外,还有1件拟处“没收违法所得”的案件也进入了听证程序。具体如下:

处罚种类基本情况

表2

吊销执照	74
责令停产停业	12
较大数额罚款(含部分并处前两项的)	70
没收违法所得	1

表3则反映了在听证过程中当事人和行政调查人员之间争议焦点的基本分布情况。以《行政诉讼法》和《行政复议法》对具体行政行为合法性和合理性的规定为标准,可以看出表中所反映的争议焦点明显集中在上述两部法律所规定的要件中的“认定事实”方面以及不能归入这些要件的“其他”方面。具体如下:

争议焦点的基本情况(有重叠)

表 3

认定事实	80	显失公正	2
适用依据	13	明显不当	5
程序	3	其他	39
职权	1(越权 1)	资料反映不明确	4

表 4 是处罚建议中拟定的行政处罚决定与最终发生法律效力行政处罚决定之间的差异。从中可以初步反映出,在经过听证程序之后,相当多的处罚决定改变了原拟定的处罚决定内容。具体如下:

处罚建议与处罚决定的关系

表 4

内容一致	60	未作处罚决定	4
内容不一致	52	资料反映不明确	15

表 5 反映经过听证程序之后的当事人是否不服行政处罚决定而进一步付诸事后救济程序(行政复议程序和行政诉讼程序)的基本情况。从表中所反映的情况可以看出,经历听证之后进入事后救济程序的案件并不多。具体如下:

处罚决定是否进入事后救济程序的基本情况

表 5

被起诉	7(其中起诉后又撤诉 1)
-----	---------------

(二) 基础资料在本课题中的意义

从上述表 1 所记载的统计内容可以看出行政处罚听证自实施以来,行政处罚听证案件在各个行政领域中的分布情况以及本文中研究案件的使用率。在总数 359 件行政处罚听证案件中,本项研究取得了其中的 131 件的资料,占总数的 37.0%。从表中记载的案件在各个行政领域的分布情况看,未收集到原始材料的主要在公安和工商行政管理这两个部门,其所缺案件数占案件总数的 54.6%(其中公安占 22.9%,工商行政管理占 31.8%)。因此,除这两个行政领域之外,所获得的案件基本可以反映上海市行政处罚听证制度的情况。

从该表中所记载的内容可以初步看出,行政处罚听证制度的实际实施状况在各个行政领域中分布不均匀。当然,这与相应行政机关的行政权限以及管辖范围、管辖量有关。管理越是具有日常性、处罚权行使需要面大

的,听证发生的可能性就越大。由于统计方面的原因,从表中两栏数字对应性尚难看出相关性,因此,分析将首先从已经获得的资料出发,进行个别行政领域的宏观归纳,在此基础上推出总体结论。

三、听证程序制度的法定功能和实现效果

(一) 法定功能

在整个中国的法律体系中,行政处罚是实现国家对社会管理功能的一种制裁性行政活动。《行政处罚法》第1条规定了该法的目的是“为了规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益”。从中可以看出,依据《行政处罚法》所进行的行政活动,所要达到的法定目的被限定在以下几个方面。而且,这些目的也正是《行政处罚法》的立法者对该法所期待的功能。具体有^③:

- (1) 规范行政处罚的设定和实施;
- (2) 保障和监督行政机关有效地实施行政管理;
- (3) 维护公共利益和社会秩序;
- (4) 保护公民、法人或者其他组织的合法权益。

如果着眼于具体处罚案件,着眼于由作出处罚决定的行政机关和与此相对的当事人之间的具体的法律关系,那么,上述《行政处罚法》的被期待的法定功能中,第1、2、3项侧重在行政秩序和行政活动与法的关系方面,而第4项则关注行政活动的相对人一方,因此,可以进一步将上述内容归纳成以下两个方面:

第一,行政处罚行为的正当性(合法性^④)证明——合法性证明功能。从价值取向上看,这是为实施行政处罚行为的行政机关为对象设立的,从上述

^③ 参见胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年版,第381页。

^④ 由于司法程序对整个行政活动的合法性要件起着最终的决定作用,因此,行政程序最基本的关注点应该是司法程序对合法性的要求。此外,从更为宽泛的方面而言,本文的研究重点在于行政活动中至行政处罚决定作出为止的事前程序,而行政复议程序和行政程序是被作为一个外在于事前行政程序的,同时又是作为一个整体性的事后救济程序对事前行政程序产生作用的制度,因此,就整体性的事后救济程序而言,本文中所说的合法性的外延较之实定法上的合法性概念要宽泛,即其中包括实定法上的,主要是(行政复议法)所要求的合理性。

第1、2、3项法定的期待功能中可以归纳、汇总出本项功能。

第二,维护当事人权益——权益维护功能。这项功能是以行政处罚的当事人为对象设立的。上述第4项法定的期待功能就反映了本项功能。

尽管在行政处罚决定的形成过程中,上述两个功能是融合为一体发挥作用的,但是从理论和价值的角度而言,毫无疑问,这两项法定功能是可以彼此独立发挥作用的。

行政听证程序制度是行政处罚决定形成过程中间的一个环节,因此,行政听证程序制度也自然应承担这两项法定的功能。

(二) 实现效果

从上述资料所反映的情况看,行政处罚听证制度在实现上述两项法定功能方面取得了相当的成绩。从实施听证制度以来的结果看,行政处罚听证制度在维护当事人的权益、纠正违法或不当行政处罚行为方面取得了相当的成绩。主要表现在:

(1) 变更率。经过听证程序之后,最终相当数量的处罚决定与最初的处罚建议中拟定的处罚内容不一致,即处罚建议未被采纳或未被完全采纳。其中存在两类情况:一类是处罚决定中的处罚在量上较之最初的处罚建议中拟定的处罚内容要轻。在上述结果中这类案件为52件(占收集到材料的案件的39.7%,至少占实际实施听证案件的15.3%)。另一类是最终行政处罚建议未被接受,即经过听证程序之后未作出处罚决定。在上述结果中这类案件为4件(占收集到材料的案件的3.1%,至少占实际实施听证案件的1.1%)。两类案件合计56件,占收集到原始材料的案件的42.8%,至少占实际实施听证案件的16.4%。

(2) 进入诉讼等事后救济程序的比率。如果经过听证程序之后当事人对最终的处罚决定依然不服,可以进入行政复议、行政诉讼等事后救济程序。反之,如果在经过听证程序之后,当事人没有进入事后救济程序,那么在客观上可以认为当事人接受、承认了经过听证程序之后的处罚决定。尽管当事人没有进入事后救济程序可能是基于各种复杂的原因,这些原因值得深入分析,但作为本文分析对象的事实则是客观存在的。在上述的结果中,经过听证程序之后,行政处罚决定被提起行政复议或行政诉讼的,只有7件(占收集到材料的案件的5.3%,至少占实际实施听证案件的2.0%)。

可见,当事人经过听证程序之后,除个别情况之外,基本上接受处罚决定。

(三) 初步结论

从以上的资料中可以看出,在经过听证程序之后,处罚决定明显地体现了以下两项结果,以此可以从行政处罚听证程序制度实施的客观结果的角度说明《行政处罚法》对该程序制度所期待的两项功能得到了体现:

(1) 行政处罚听证程序中的权益维护功能得以实现。上述的数据表明,在接近一半(42.8%)的案件中,行政处罚决定未采纳行政处罚建议,这说明听证主持人以及作为处罚决定者的行政机关负责人没有或者没有完全采纳本部门调查人员的处罚建议。行政程序的实施前后行政机关内部人员间存在的这种差异也同时表明,听证程序中听证主持人的地位及其所表达的意见在一定程度上具有独立性,作为行政处罚决定者的行政机关负责人也重视听证主持人提出的意见。

(2) 大多数案件在听证程序中相应的行政处罚行为的合法性得到了论证,即合法性证明功能也同时得到了实现。因为当事人在经历了听证程序之后,基本没有进入事后救济程序(行政复议或行政诉讼程序)便是一个证明。

四、功能的实现过程

(一) 分析框架

从我国《行政处罚法》的规定看,行政机关要在听证程序中证明自身行为具有合法性,就必须通过论证该行政处罚行为具备了相应法律规范所规定的行为构成要件(合法性要件)。

就我国法律对行政处罚行为的合法性要件而言,由于在法律制度上司法审查对行政处罚行为是否合法起着最终的监督作用,即行政处罚行为的合法性判断的最终程序是行政诉讼程序,因此,规定对行政行为合法性进行司法审查的《行政诉讼法》第54条的各项内容也同时构成了行政处罚行为的合法性要件。概括《行政诉讼法》第54条第2项的规定,一项具体行政行为的合法性是由下列要件构成的:(1) 主要证据充足;(2) 适用法律、法规正确;(3) 遵守法定程序;(4) 未超越职权;(5) 未滥用职权;(6) 在法定期限之