



内部行政程序研究

罗许生 著

本书为教育部人文社科项目(项目编号:15YJC820041):
“国家治理现代化背景下内部行政程序规制”的最终成果

内部行政程序研究

罗许生 著

图书在版编目(CIP)数据

内部行政程序研究 / 罗许生著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3401 - 5

I. ①内… II. ①罗… III. ①行政程序—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 071078 号

内部行政程序研究
NEIBU XINGZHENG CHENGXU YANJIU

罗许生 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 10.875
字数 275 千
版本 2019 年 6 月第 1 版
印次 2019 年 6 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3401 - 5

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论/1

一、研究缘起/1

二、研究综述/4

三、研究价值与意义/9

四、研究方法、思路与框架/10

五、可能的创新/13

第一章 国家治理现代化与内部行政程序研究的 兴起/15

第一节 国家治理现代化背景下行政程序研究 的重点/15

一、国家治理现代化及其挑战/15

二、国家治理现代化的行政法回应/18

三、国家治理现代化背景下行政程序研究的
关注重点/21

第二节 内外部行政程序研究的失衡 与反思/24

一、行政程序研究的三个阶段/24

二、内部行政程序研究不受重视的原因/28

三、反思:应加强对内部行政程序的研究/34

第三节 研究内部行政程序的本土资源/47

一、法治建设中的本土资源/47

二、行政法学研究中的本土资源及其利用/49

三、中国古代内部行政程序的借鉴意义/53

第二章 内部行政程序的法理与逻辑/57

第一节 行政法意义上的内部行政程序/57

一、内部行政程序的法理阐释/57

二、内部行政程序与外部行政程序比较/68

三、内部工作机制与内部行政程序/72

第二节 内部行政程序的效力问题/74

一、内部效力/74

二、外部效力/75

第三节 内部行政程序之内在逻辑/78

一、权力制约重心的前移:事后监督—过程
监督/79

二、政府理念的转变:权力本位—职责
本位/85

三、制约机制的转换:被动防查—自我
规制/89

四、程序转换:倒逼机制—决策民主化的实践
回应/93

第四节 内部行政程序规制的正当性、边界 与方法/97

一、规制的正当性/97

二、规制边界/99

三、规制方法/110

第三章 内部行政程序的价值与基本原则/114

第一节 内部行政程序的地位与功能/114

一、内部行政程序的地位/114

二、内部行政程序的功能/116

第二节 内部行政程序的价值取向与目标
定位/121

一、内部行政程序的价值取向/121

二、内部行政程序的目标定位/126

第三节 内部行政程序的基本原则/128

一、法的一般原则/128

二、基本原则/130

第四章 内部行政程序的制度建构/138

第一节 主体资格制度/138

一、行政管辖问题/140

二、行政委托/153

三、行政协助/157

第二节 内部协调程序制度/162

一、区域公共治理中的府际协调问题/162

二、我国内部行政协调程序制度的具体
建构/173

第三节 内部决定程序制度/200

一、内部审核制度/200

二、专家论证制度/217

三、机关集体讨论制度/225

四、行政首长制与行政批示/229

五、内部行政备案制度/250

第五章 内部行政程序的二维规制/262

第一节 行政权力的内部制约机制/262

一、行政自制的宪法意义/262

二、内部控制与外部控制之关系/270

三、行政机关自我规制机制/274

第二节 内部行政程序的司法规制/278

一、内部行政程序司法审查审慎原则/278

二、内部行政程序的司法审查标准/285

结语：内部行政程序与实质行政法治之转向/295

参考文献/298

后 记/337

导 论

一、研究缘起

(一) 行政过程中的程序空转与程序遗漏

“行政程序建设的根本在于设计一套完善的制约机制以实现对行政权的监督,防止行政权力运行中的专断与恣意,同时又要保持行政权力的能动性发挥其对社会的形成性功能。”^①行政程序的确定就是要保证依法行政,让行政权力在运行的不同阶段遵守不同的要求与规则。由于内部程序的不规范,现有行政程序存在“程序空转”与“程序遗漏”现象。如重大行政处罚决定应该进行合法性审查与集体讨论,但如何进行合法性审查,集体讨论的人员范围、集体讨论的具体程序规定缺乏,导致程序变为“走过场”,甚至遗漏重要程序。

^① [美]欧内斯特·盖尔霍斯、罗纳德·M. 利文:《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社 1996 年版,第 2 页。

行政决策程序缺乏完整的动态控制机制,重视事中程序,忽视事前的防范程序机制和事后的回应与评价机制。实践中,重大行政决策靠行政首长“拍脑壳”,执行靠部门负责人“拍胸脯”,出了问题相关责任人员则“拍屁股走人”。“三拍”现象的出现,源于对程序的不重视,内部程序运行的不规范。以土地征收程序为例,用地单位提出用地申请,主管部门审查后报同级政府审核,审核同意后再报上一级主管部门审查与上一级政府审核,整个土地征收程序缺乏行政相对人的参与。实践中,因为没有利害关系人的参与导致程序空转与程序遗漏的现象频频发生无疑会损害依法行政的进行与依法治国的进一步推进。

(二) 权力监督重心的前移

十六大以来围绕权力监督的政策与法律不断出台,对权力运行的监督坚持惩治与预防并重的原则,权力监督更加注重预防、注重制度建设。特别是十八届四中全会提出要完善行政决策机制,为确保行政决策依法进行,明确规定重大行政决策的作出必须经历公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论五个法定程序。党的十九大报告进一步指出要依法健全行政决策机制,建立行政决策民主科学,执行、监督有效且覆盖全方位的权力运行机制。行政决策程序可以分为外部程序与内部程序。就外部程序而言,如公众参与等是为了保障公民在决策过程中的参与主体地位及其权利,保证公共决策符合公共利益;就内部程序而言,如集体讨论等程序有助于实现行政主体决策中“多谋”与“善断”的统一。外部程序中要防止行政机关通过公众参与或专家论证等手段将决策责任转移至公众或专家,在内部程序中则要防止以决策程序民主化为借口,通过集体讨论而逃避决策责任。^①对行政决策内部程序的规定体现了我国对权力监督的重心不再是仅对结果的监督,而是对权力运行的过程进行全方位监督。以往行政法学过于强调行政行为的合法性审查,

^① 参见王周户:《实现行政决策程序的法治化》,载《理论与改革》2014年第6期。

而内部行政程序则不予关注,十八大以后权力制约的过程将深入行政权力运行的内部环节,内部行政程序成为权力制约过程的关键环节,内部行政程序的研究将成为行政程序法学乃至整个行政法学研究的重要课题。因此内部行政程序应该成为行政程序法学乃至整个行政法学研究的重要课题。

(三) 内部行政程序的中国实践

中国历来不重视程序制度建设,程序往往蕴含在实体中,加上行政工作的程序与步骤缺乏形式理性,用现代行政法制度之学理去衡量中国古代行政程序就会认为中国古代没有行政程序。^① 中国古代虽未形成系统的行政程序制度,但高度集权化的政权组织形式,以及维持专制机器运转的相关制度赋予了古代行政程序一定的功能价值,如隋唐以来较为完善的三省决策机制的形成,自秦汉以来的公文传递程序,定型公文的传递与未定型公文的传递需遵守不同的程序。这些程序中有的程序步骤与时限之规定是下一程序的前置要件,对行政机关行为顺序与时限的规定与现代行政程序之规定有一定的相似。但中国古代的行政程序与西方现代行政程序相比,存在一个显著的特征,即中国古代之行政程序多为内部行政程序。而在近代以来的中国之行政体制对行政机关上下级之间及行政机关内部形成了独特的运作关系,行政处理决定作出前,行政机关上下级之间的请示与批准,行政机关部门领导人的批示在行政行为过程中较为常见。

当我们在忙着介绍英美国家的程序正义理念,学者们一窝蜂赶写“程序参与制度”“听证”制度的学术论文时,却忽略了当下中国正在发生与进行的制度实践。^② 推进依法治国,建设现代化法治国家,需要立足于我国的传统,直面中国行政程序的实践。构建中国特色的行政程序制

① 参见柳正权:《中国古代行政程序研究》,人民出版社2012年版,第2~3页。

② 参见何海波:《内部行政程序的法律规制》(下),载《交大法学》2012年第2期。

度,需要格外关注中国行政管理实践中“内部行政程序”这一重要的本土资源。

二、研究综述

(一)国外研究综述

20 世纪后,西方许多国家已不再仅关注通过司法机关审查行政行为的合法性,而是转而寻求行政过程的正当性,行政机关在决策过程中通过各种参与机制与行政机关内部理性的构建,在一定条件下可以弥补合法性司法审查之不足。安奈林·贝文于 1953 年在一次有关授权立法的研讨会议上指出“立法机关委托行政机关行使一定的立法权以形成普遍性共识,关键的问题在于如何使行政机关的委任立法与民主协商、立法结果审查与行政过程控制统一起来”。禁止授权立法原理使行政管制计划不断受到被宣布无效的威胁,并且鼓励那些反对该管制计划实施的人竭尽全力予以反抗,从而很可能使管制计划成为“跛脚鸭”。^①

McCubbins M. D.、Noll R. G.、Weingast B. R. 等几位教授认为行政程序能够解决三个控制难题:首先,行政程序中的信息公开,行政相对人权利告知程序,利害关系人的评论程序等可以实现行政相对人与行政机关信息互换,从而减少两者信息之不对称。其次,通过行政程序中的公众参与程序,实现行政机关与行政相对人的沟通、交流,使行政决策过程更具有民主正当性。最后,行政机关事前程序的完备为最终的司法审查提供了基础与前提。^② 英国的 Terence Daintith、Alan Page 两位教授认为传统的研究路径强调外部控制,即议会与法院对行政机关的控制,这种方法存在内在缺陷。现代社会中的行政机关承担的任务越来越繁重,其内部结构与治理也更加复杂,外部控制的实施效果并不明显,因此必须

^① 参见[美]理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法重构》,沈岍译,商务印书馆 2002 年版,第 37~45 页。

^② See McCubbins M. D., *Politics Policy; Administrative and the Political Control Arrangement*, Noll R. G., Weingast B. R. Weingast Process, 1985, pp. 169 - 176.

进行研究视角的转换,需要深入行政机关的内部去探究其他的控制机制。两位作者认为英国的行政机关是多元制的,自治是其核心特征,在此模式下他们分别从人事、财务、法律角度探讨了如何进行内部控制。^①

美国哈佛大学著名行政法学者布鲁斯将行政法区分为外部行政法与内部行政法,外部行政法的调整对象为行政机关及其工作人员在行使行政职权的过程中与行政相对人所发生的社会关系,内部行政法则主要处理行政机关系统内部各主体间的关系及其与公职人员间的关系。内部行政关系是行政机关正常运转的前提,没有内部指示,行政机关外部事务无法展开。他将内部行政法与外部行政法形象地比喻为两个同心圆,外圆是外部行政法,是外部行为的边界,具有刚性约束,行政机关不得逾越。内圆是内部行政法,是内部行为的边界,是可以分解的,实施它的官员可以进行裁量判断。^② 马肖认为美国行政法的历史就是一部思想失败的历史,由于行政国已经成长起来,立法与行政行为的结合共同创设和界定了更多的权利,这种外向型的行政法,即可以在法院执行的、针对行政官员的合理权利的法律,已变得与我们的集体理想现实越来越不相关了,因此,需要建立一种内部行政法的视角。^③ 马肖认为将行政法理解为外部行政法是对美国行政法的误读,行政法不仅是司法审查行政权之法,也是国家建构、组织设立官僚机构,规范官僚机构内部运行之内部行政法,行政法应更加关注行政体制内部的治理结构问题。^④

综上所述,近年来,欧美国家的行政法学者已经开始反思行政法的

① 参见[英]特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹:《宪制中的行政机关——结构、自治与内部控制》,刘刚等译,高等教育出版社2006年版,第1~26页。

② See Bruce Wynan, *The Principles of the Administrative Governing the Relations of Public Officers*, St Paul Minn Keefe-Davidson Co, 1903, pp. 18 - 22. 转引自于立深:《现代行政法的自制理论——以内部行政法为视角》,载《当代法学》2009年第6期。

③ 参见[美]杰瑞·L. 马萧:《官僚的正义——以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例》,何伟文、毕竟悦译,北京大学出版社2005年版,第2~23页。

④ 参见[美]杰里·L. 马肖:《创设行政宪制:被遗忘的美国行政法百年史(1787~1887)》,宋华琳、张力译,中国政法大学出版社2016年版,第2~27页。

研究,行政法的研究范围已经侵入至行政机关的内部治理问题,强调重新发现“内部行政法”。欧美行政法发展的新动向为我国行政实践中普遍存在的内部行政程序规范不足之治理研究提供了有益的经验借鉴。

(二) 国内研究综述

内部行政程序的研究很大程度上是一个中国问题。而晚近西方学者的研究表明西方并不仅仅关注外部权力制约问题,内部权力制约也是其政府良性运行的基础。国外学者的研究为我国内部权力制约机制的构建提供了值得借鉴的经验。当然,鉴于我国的法治基础观念、法治土壤与西方国家大不相同,因此对其借鉴、吸收是需要极为谨慎的。

我国行政法学界对内部行政程序与外部行政程序的研究呈现出明显的冷热不均现象,学界普遍关注对外部行政程序的研究,而对内部行政程序的关注意识明显不足。近年来我国行政程序法的研究多涉及外部行政程序如听证、调查、说明理由、公众参与等而很少涉及内部行政程序的研究,笔者以“听证”“公众参与”等词语作为关键词在知网上搜索,相关论文与博士硕士学位论文近万篇,而以内部程序为主题搜索出来的文章则寥寥无几,真正研究内部行政程序的文章仅为2篇,可见,内部行政程序的研究还未引起我国行政法学界的重视。

内部行政程序在我国行政法学界还属于一个较新的研究领域,有关内部行政程序的研究还处于初级阶段,国内第一次对内部行政程序进行系统研究的当属清华大学法学教授何海波,何海波教授于2012年在《交大法学》第1期与第2期连载《内部行政程序的法律规制》一文。除何海波教授外还有部分学者的著作或论文对内部行政程序有零星涉及。现有关于内部行政程序的研究主要涉及内部行政程序的概念界定、内部行政程序的基本类型及其具体内容、内部行政程序的法律规制等内容。首先是对于内部行政程序的界定。何谓内部行政程序?国内学界对此理解不一,张淑芳教授认为行政机关与行政相对人之间存在两种法律形式的关系,一种为外部关系,即通常行政程序法意义上所讲的关系,另一种

为内部关系,主要存在于行政系统内部而不对行政相对人产生直接影响,如行政行为的批准等,内部行政程序是指调整内部行政关系的规则。^① 姜明安教授根据行政程序所调整的对象不同分为内部行政程序与外部行政程序,外部行政程序为调整行政机关与行政相对人关系的规则,内部行政程序是指行政机关内部工作运转所必须遵循的程序。^② 何海波教授以行政程序是否有行政相对人参与为标准区分为内部行政程序与外部行政程序,内部行政程序就是指没有行政相对人的参与,行政权力在行政决定作出前的内部运转程序。^③ 几位学者对内部行政程序概念的界定均以是否有行政相对人参与为标准,并未摆脱传统行政法学研究之窠臼,在程序开放性与辩论性日益彰显的当下,内部行政程序也可能吸收行政相对人的参与。其次,内部行政程序的基本类型与具体内容。有的学者依据传统行政程序四要素标准,即行政程序就是行政行为运行的时限、步骤、顺序与方式。^④ 认为内部行政程序与外部行政程序并无本质区别,内部行政程序也可以时限、步骤、顺序与方式四个方面进行建构。而何海波教授则不依据行政行为运行的先后顺序,而是依据行政程序涉及的法律关系将其划分为行政主体与执法人员的资格与回避程序,行政机关的内部审查、审核与决定程序,上下级行政机关间的请示、批准与备案程序,相关专家的评议、论证程序四种类型。^⑤ 最后,法律规制的边界和方法研究。何海波教授认为法律对内部行政程序的规制,不外乎立法、行政和司法三途。对内部行政程序的规制可以从立法、行政

① 参见张淑芳:《论行政执法中内部程序的地位》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第1期。

② 参见姜明安:《行政程序研究》,北京大学出版社2006年版,第246~248页。

③ 参见何海波:《内部行政程序的法律规制》(上),载《交大法学》2012年第1期。

④ 参见应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社1999年版,第487页。

⑤ 参见何海波:《内部行政程序的法律规制》(上),载《交大法学》2012年第1期。

和司法三方面进行。^①而有学者则认为内部行政程序不仅关注到内部行政公正的实现,也对行政相对人的合法权益构成影响,内部行政程序也属于法律规制的范围,对内部行政程序应从程序要素系统化的路径完善具体的程序制度,同时,从程序制度自我保障性的路径确保内部行政程序得到遵守。^②

过往研究集中于外部行政程序的研究,很大程度上是受英美行政程序理念的影响,西方国家行政程序理念的传播与吸收,有助于克服传统“重实体、轻程序”的弊端,提高行政决定的可接受性。而在中国的行政实践中存在大量的内部程序如请示、内部讨论等环节,内部行政程序这一规范行政过程,保障行政过程合法、公正的重要机制却被忽略了。晚近,虽然有部分学者意识到此问题,逐步认识到内部行政程序研究的重要性。但如上所述,目前学界对内部行政程序的研究处于初步阶段,尚未有学者对内部行政程序从理念、原则、制度展开系统化、规范化的研究。关于内部行政程序的理论论证、内部行政程序制度的具体建构、内部行政程序的司法审查等问题有待进一步深入研究。

另外,内部行政程序问题不是中国独有的。官僚制必然要关注内部行政程序问题,公务人员的回避制度等问题则是各国行政法普遍关注的问题。晚近,西方国家学者开始关注内部行政法问题,关注行政机构的内部治理问题。然而,中国的政治传统、特殊的行政体制使实践中普遍存在请示、批准等内部行政运转问题,让内部行政程序在中国具有了特别的意义,内部行政程序应当成为未来中国行政法研究的重要内容。

① 参见何海波:《内部行政程序的法律规制》(下),载《交大法学》2012年第2期。

② 参见殷玉凡:《内部行政程序的规范性研究》,载《岳阳职业技术学院学报》2014年第4期。

三、研究价值与意义

(一) 理论价值

1. 我国目前没有制定统一的行政程序法,学界对行政程序的研究侧重于外部行政程序,对内部行政程序的研究未予以重视。现有行政程序的基本理论受西方行政程序理论影响将内部程序视为过程性环节不属于行政程序法研究的内容。国家治理现代化的提出,要求对行政权的内部构造进行分析,必然要加强对内部行政程序的研究。内部行政程序的研究有助于学界对行政程序的研究内外同时进行,从而展示中国行政程序法制建设的完整内容。

2. 内部行政程序的研究有助于丰富现有行政法学基础理论,更新传统行政法观念,实现行政法学研究方法论上的更新。内部行政程序是行政过程不可缺少的环节,每一个具体的行政行为是由若干具体的环节组成的,没有内部程序的纽带整个行政过程就失去了作为系统的完整性。

3. 内部行政程序的研究有助于拓宽政府信息公开的研究视野。依据传统行政法学理论,内部行政程序涉及的信息属于内部关系信息或过程性信息,一般不属于政府信息公开的范围,而何为内部管理信息则因界定不明导致大量的行政行为被排除在政府信息公开之外。内部程序并非不对行政相对人的权益构成影响,内部程序往往涉及内部权力的分配方式问题,对行政相对人的实际权益很大程度上起决定作用。所以内部程序并不是不予公开的理由,在行政程序终结前内部程序不予公开,但在程序终结后,内部决定是如何做出的、决定依据、内部讨论结果等则不应排除于政府信息公开之外。对于内部行政程序的研究促使学界对政府信息公开的研究扩展至行政过程的内部程序。

(二) 实践意义

1. 内部行政程序的研究有助于行政行为形式理性的构建,提升行政决定的可接受性,强化法院对行政违法行为的监督。随着程序公正理念的普及,法院对行政机关为法定程序不履行告知义务或听证义务的行政

行为进行严格审查,行政行为因为未履行法定的程序义务面临着被法院撤销的风险。目前,法院对于内部行政程序的审查却较为保守,法院几乎不可能以行政机关违反行政执法资格、行政机关负责人批准等内部行政程序为唯一的理由去撤销行政行为。这与行政诉讼法的规定有关,也与内部行政程序在司法实践中普遍不受关注有关。内部行政程序的研究就是要在司法实践中形成内部行政程序与外部行政程序同等重要的认识,违反法定内部行政程序也可构成行政行为被撤销的理由,通过内部行政程序的研究让法官们树立其对其进行司法审查的信心。

2. 通过对内部行政程序的研究促使立法机关更多关注内部行政程序的构建。内部行政程序研究的不足,致使学界未对内部行政程序的重要性形成统一认识,对内部行政程序的认识将影响行政程序立法的格局。学界普遍关注外部行政程序,因此现有的地方行政程序规章中很少涉及内部行政程序,现有的行政程序法专家试拟稿中虽然有专门论及内部行政程序但一般是将其置于行政机关章节下,而且仅限于行政管辖、行政委托与行政协助等内容。通过对内部行政程序的研究,促使立法机关在未来制定行政程序法时不仅关注外部程序,也注重内部行政程序的建构,让行政程序法更多地关注中国现实的问题。

四、研究方法、思路与框架

(一) 研究方法

1. 文献分析法。有关行政程序与行政立法的文献很多,关于国外行政程序立法的译著也不少,课题组在广泛查阅、参考相关研究成果的基础上重点关注行政法中的行政过程论、行政自制理论、行政法律关系理论,面对转型中国社会的现实问题,从行政过程论与法治政府建设的角度切入行政程序问题,以此为基点探讨内部行政程序制度的建构与规制。

2. 类型化分析法。课题研究采用韦伯的类型化分析方法,通过对内部行政程序运行过程中涉及的法律关系的类型化,总结出未来中国建立内部行政程序制度的几大基本内容。