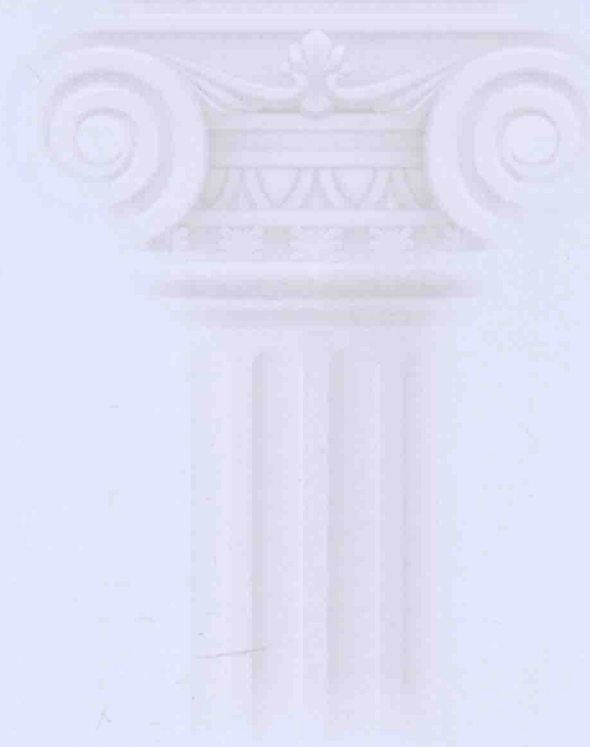




行政程序的正当性 判断标准研究



曾 娜◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

行政程序的正当性 判断标准研究



曾 娜◎著



知识产权出版社

责任编辑：雷春丽
封面设计：SUN工作室

责任校对：董志英
责任出版：卢运霞

图书在版编目（CIP）数据

行政程序的正当性判断标准研究 / 曾娜著. —北京：知识产权出版社，2014.1

ISBN 978-7-5130-2562-1

I. ①行… II. ①曾… III. ①行政程序—研究—中国 IV. ① D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2014）第 014085 号

行政程序的正当性判断标准研究

XINGZHENG CHENGXU DE ZHENGDANGXING PANDUAN BIAOZHUN YANJIU

曾娜 著

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8105

责编电话：010-82000860 转 8107

印 刷：保定市中国画美凯印刷有限公司

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：leichunli@cnipr.com

经 销：各大网上书店、新华书店及相关
销售网点

开 本：787mm×1092mm 1/16

印 张：15.5

版 次：2014年1月第1版

印 次：2014年1月第1次印刷

字 数：222千字

定 价：38.00元

ISBN 978-7-5130-2562-1

出版权专有 侵权必究
如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

正当法律程序是源自英美法系的一项规范概念,起初仅是对司法程序的基本要求,后来才扩展到行政程序。在其适用过程中,不免遇到一个重要问题:何种程序方属正当?在代议民主制下,立法机关及其授权的行政机关制定的行政程序规范是正当法律程序具体化的重要方式,不过,这并不意味着行政程序的正当性问题完全交由立法机关或行政机关决定。当特定行政活动缺乏程序上的规范或程序规范未能达到保障公民权益的最低限度时,可从正当法律程序推导出一定的行政上的公正程序要求,以补充或修正行政程序规范。问题是行政领域极广,如何判断某一行政程序规范是否符合正当法律程序的要求?什么内容、什么程度的程序保障才是正当法律程序所要求的?这些问题的解答离不开具有可操作性的行政程序正当性判断标准的建立,并构成对法院的重大挑战。

本书第一章导论部分,阐述了研究的动因,并对基本概念作出了界定。行政程序具有多义性,书中将之限定为事前程序,具体分为行政行为和行政立法两大类型。这一分类主要是考虑到两者在程序设计上的差异,从而需要建立不同的程序正当性判断标准。行政程序的正当性,一般被置于正当法律程序的语境下研究,而正当法律程序具有实体与程序两个面向,本书仅从程序正当程序视角展开讨论。

本书第二章对行政程序的宪法规范基础进行了分析。行政程序的宪法依据可以从宪法的直接规定或间接规定等面向逐一考虑。从宪法对行政程序的正当性要求看,涉及是将其定性为公民的一项主观公权利——程序基本权,还是基本权利的一个功能侧面。在未承认包含行政程序在内的广义

上的程序基本权的情形下,可以将内在于各基本权利的程序保障功能抽象化、一般化,与法治原则结合后,形成一项普遍性的宪法原则,即正当法律程序,支配着一切公权力的行使。正当法律程序的适用引申出哪一机关拥有程序正当的最终判断权的问题,由于正当法律程序不可能是立法机关或行政官员设计的任何程序,从而必须承认法院具有行政程序正当性审查权。

本书第三章对行政行为程序的正当性判断标准进行了研究。在行政行为的定义上,本书未采取主流观点,而是参考了奥特·玛雅(Otto Mayer)提出的传统概念。正当法律程序的内涵具有灵活性,影响到法院关于正当性判断标准的选择。从美国联邦最高法院的判例看,在1976年马修斯案确立利益衡量标准的主导地位之前,曾诉诸过自然法和传统的道德观念等方法。利益衡量标准自提出后受到不少批评,但仍是当代主导的正当法律程序分析方法,原因不能简单地归结为实用性,它是多元主义、成本利益分析以及衡量法在行政行为程序领域作用的结果。为减少利益衡量标准适用中的负面性,法院仅在重大影响或限制公民的基本权利时,才适用该标准补充或修正行政程序规范,使之达到最低限度的程序保障。

本书第四章探寻了行政立法程序的正当性判断标准。通过对行政立法实施事前的程序上的控制,确保其是基于民主的参与过程的产物,这是提升行政立法正当性的重要途径。《美国联邦行政程序法》将行政立法程序分为正式程序和非正式程序,并规定相应的判断标准:实质证据标准与专断恣意标准。在非正式程序的司法审查中,一个很显著的变化是行政记录要求的提出,专断恣意标准由此发展为从严审查标准。行政记录日益凸显的重要性,使非正式程序中公告评论步骤的主要功能发生变化,曾经是确保公众参与行政机关决策的途径,现已变成主要是收集一个供司法审查的记录的方式。行政记录要求导致非正式程序日益正式化,甚至出现程序僵化的现象。鉴于行政立法内在地是一种政治过程,有必要强化政治上的控制,法院也应尊重行政机关对制定法的解释。公众参与的扩大不免伴随着一些

负面性,信息技术发展所带来的电子行政立法将使公众参与更具有实践性。

本书第五章分析了我国行政程序的正当性问题。《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》有关公众参与的规定极为粗疏,但一些地方政府规定得较细致,在内容的详尽性上甚至超出《美国联邦行政程序法》的规定。两国的差异主要表现在是否建立有效的行政立法程序审查机制上,而且,从美国的情况看,如果不是仅仅满足于行政机关服从形式上的行政立法程序规范,就不能排除对行政立法记录的要求。在行政行为程序立法方面,《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》等法律中的程序规定或多或少都反映了正当法律程序的要求,但并不表示立法机关已恰如其分地基于保障公民权益的需要而合理地设置行政程序规范。在司法实务中,法院对“违反法定程序”的审查已延伸至行政程序正当性审查,但总体上看,法院充其量仅系提及正当法律程序,未曾真正进行规范意义上的审查。

本书第六章对行政程序正当性判断标准的运用进行了思考。正当法律程序的具体化,离不开事前(立法机关和行政官员)与事后(法院)两类主体的合作。鉴于立法机关无力为每一行政活动提供具体的程序指示,应鼓励行政机关制定一般性的程序规则,并通过对行政立法记录的从严审查,确保程序规则的适当性;法院在其未达到最低限度的程序保障时,适用利益衡量标准予以补充或修正。行政立法程序的核心要素可以表述为:信息、参与和责任,以此为基础完善正式的听证会程序和非正式的听取意见程序。在行政行为程序设置上,应在权衡相关因素后,根据不利行政行为与授益行政行为的差异,分别考虑程序上的具体要求。行政指导和行政合同等非权力行政手段仍是行政权行使的一种方式,故有正当法律程序的适用,不过,受此类行政手段的特性所限,适用的空间较小。

本书结论部分指出行政程序的正当性审查涉及权力分立的复杂问题。法院虽具有行政程序正当性的最终判断权,但并不意味着法院应承担正当法律程序具体化的主要任务。司法审查的不适宜性,不仅在于其仅能提供

最低限度的程序保障，更在于司法审查本身。据此，应将注意力集中于行政机关制定的行政程序规则的基本公正性上，同时把正当法律程序的司法适用局限在重大影响或限制基本权利的情形。行政程序正当性审查的发展揭示出行政程序立法重心的变化，最初表现为行政行为程序的完善，随即又提前到行政立法阶段，这是一个时间上不断前移的过程。

目 录

第一章 导论	1
第一节 研究缘起与问题提出	3
一、正当法律程序在行政国家的重要性	3
二、我国行政程序法制发展概况及存在的问题	4
第二节 研究范围与论证视角	6
一、引入正当法律程序的必要性	6
二、程序正当程序视角的确立	7
三、仅讨论事前行政程序	8
第三节 研究方法与研究思路	8
一、研究方法	8
二、研究思路	10
第四节 研究现状	11
一、关于行政行为程序正当性的判断标准的研究	11
二、关于行政立法程序正当性的判断标准的研究	13
第五节 基本概念界定	15
一、行政程序的概念	15
二、正当性的宪法面貌	19
三、正当法律程序与相关规范概念的厘清	19

第二章 行政程序的宪法规范基础	23
第一节 行政程序的宪法依据	25
一、宪法中的直接规定	25
二、宪法间接规定的推演	28
三、我国宪法的规范取向	31
第二节 行政程序的宪法规范性质	32
一、程序基本权或基本权利程序保障功能	33
二、正当法律程序的原则属性	37
第三节 正当法律程序的具体化	40
一、程序正当的决定主体	40
二、法院的审查界限	44
第三章 行政行为程序的正当性判断标准	49
第一节 行政行为的意涵	51
一、行政程序的类型划分	51
二、行政行为的概念界定	53
三、术语使用上的争议	54
第二节 正当法律程序内涵的固定性与灵活性	56
一、寻求固定涵义的努力	56
二、确定固定涵义的困难	58
三、灵活性内涵的承认	60

第三节 程序正当的判断标准	61
一、早期判断标准缕析	61
二、利益衡量标准的兴起	64
三、利益衡量标准受到的质疑	70
四、改进利益衡量标准的建议	74
第四节 利益衡量标准的证立	78
一、政治上多元主义的要求	79
二、成本利益分析的体现	81
三、衡量法的适用	84
第五节 利益衡量标准的实践问题	88
一、利益衡量中的平衡策略	88
二、辅助方法的运用	92
第四章 行政立法程序的正当性判断标准	97
第一节 行政立法的意涵	99
一、行政立法的概念界定	99
二、行政立法中程序控制的兴起	102
三、藉由正当法律程序提升民主正当性	104
第二节 行政立法程序的架构	106
一、从正式、非正式程序出发	106
二、行政立法程序的运用	110
三、行政立法程序的控制方向	113

第三节 判断标准的发展演变	116
一、实质证据标准与专断恣意标准	117
二、从严审查标准的确立	120
三、从严审查标准的影响	124
第四节 从严审查标准的实践问题	128
一、程序审查与权力分立	128
二、行政立法的电子革新	131
三、公众参与的复杂性	133
第五章 我国行政程序的正当性问题	137
第一节 行政立法程序法律制度检视	139
一、行政立法程序现状	140
二、行政立法程序审查的虚置	146
三、行政立法记录要求的缺失	151
第二节 行政行为程序法律制度检视	155
一、《行政处罚法》的规定分析	155
二、《行政许可法》的规定分析	158
三、《行政强制法》的规定分析	159
第三节 法院的程序正当性审查	161
一、“法定程序”审查的延伸	162
二、正当法律程序在法院判决中的定位	165
三、正当法律程序适用中的问题	169

第六章 行政程序正当性判断标准的运用	173
第一节 判断标准的运用考虑	175
一、行政程序正当性判断中的困境	175
二、尊重立法、行政的初次判断	179
三、判断标准的结合	182
第二节 行政立法程序的基本设想	185
一、程序正当性的考量因素	186
二、行政立法的基本程序要求	190
第三节 行政行为程序的基本设想	194
一、程序正当性的考量因素	194
二、不利行政行为的基本程序要求	198
三、授益行政行为的基本程序要求	200
第四节 非权力行政手段程序的基本设想	202
一、行政指导	203
二、行政合同	205
结论	207
参考文献	213
后记	233

第一章 导 论

第一节 研究缘起与问题提出 / 3

第二节 研究范围与论证视角 / 6

第三节 研究方法与研究思路 / 8

第四节 研究现状 / 11

第五节 基本概念界定 / 15



第一节 研究缘起与问题提出

一、正当法律程序在行政国家的重要性

作为一项规范概念,正当法律程序与其思想渊源“自然正义”原则均由自然法所衍生而来。^①随着1215年《英国大宪章》(the Magna Carta)及1354年《伦敦自由律》(the Statute of Westminster of the Liberties of London)将之形成为法律文字而渐次展开,并为《美国宪法修正案》第5条所承继,成为抵御政府专断行为的一项重要法律保障。正当法律程序起初仅是对司法程序的基本要求,在行政国家出现后,传统法律保留原则遇到了挑战,要求在行政权发动时,就使公民的意见主张反映到行政过程中,即事先的行政程序控制思想应运而生。^②以1946年《美国联邦行政程序法》的颁布为标志,德国(1976年)、日本(1993年)、韩国(1996年)及我国台湾地区(1999年)陆续公布了行政程序法,藉由强化“程序导向控制”,寻求对行政权的有效约束。

在代议民主制下,由民意代表组成的立法机关所制定的行政程序规范是正当法律程序具体化的重要方式,但并不意味着行政程序的正当性问题完全交由立法机关决定,否则,正当法律程序所具有的超越多数主义的重要性将丧失殆尽。民主社会中,宪法最高规范性的确立,决定了法定程序应受到正当法律程序的拘束,由此衍生出的问题是:如何判断行政程序有无达到正当法律程序的要求?行政的“灵活性”决定了不可

① 陈志全:“行政法上自然正义原则初探”,见城仲模主编:《行政法之一般法律原则(一)》,三民书局1999年版,第43页。

② 胡锦涛、刘飞宇:《行政处罚听证程序研究》,法律出版社2004年版,第20页。

能设置像司法程序那样的相对固定的程序要件,只能随行政活动的变化,将正当法律程序的内涵以不同方式转化在行政程序规范中。在行政程序的正当性判断上,不可避免涉及立法机关、行政机关与法院之间的权限划分问题。可以说,“随着一个只具备有限目的和微弱手段的政府转变为现代行政国家,对正当法律程序观念的精心解说,已经成为重新定位宪政主义的主要方式”。^①

二、我国行政程序法制发展概况及存在的问题

(一) 行政程序立法的回顾与反思

对程序正当的重视,是法治发展的必然结果。由于我国传统文化及影响我国法制极深的德国法较偏重实体而轻程序,以致行政法研究在很长时间内都围绕着实体问题而展开。以1989年通过的《行政诉讼法》为起点,我国行政程序法制建设沿着正当法律程序的轨迹不断前行。《行政处罚法》首次规定听证程序和行政机关的告知义务,《行政许可法》在禁止单方面接触和听证程序的规定上又作出了推进,而《行政强制法》则把行政程序作为“重中之重”予以规范。与此同时,行政立法程序也随着《立法法》及《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》的先后颁布,逐步走向规范化。特别指出的是,2004年国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》,明确将“程序正当”列为依法行政的六项要求之一。尽管从实证主义的法概念出发,该纲要无法称之为“法”,但仍不能低估其具有的“价值引导”作用。在统一行政程序法立法方面,相较于国家层面的立法推进不顺,地方行政程序立法却呈现出方兴未艾的景象,已公布的有《湖南省行政程序规定》、《凉山州行政程序规定》、《汕头市行政程序规定》和《山东省行政程序规定》等,还有一些地方政府

^① [美]杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》,沈岿译,高等教育出版社2005年版,第1页。

的行政程序规定正在起草审议的过程中。

总体上看,我国行政程序立法采取的是区分行政活动类型、逐项立法的思路。尽管针对重要的行政活动已设置基本程序规范,却无法涵盖所有的行政领域,而且,即使将来通过行政程序法典后,也不免会规定若干除外事项。因此,当某一行政活动无相关程序规定时,行政机关有无遵守正当法律程序的义务,以及在行政活动已有程序规范的前提下,法院能否依据正当法律程序修正行政程序规范?从基本权利保障出发,正当法律程序具有“门槛”性质,对于法律上的程序设计,发挥着指导、匡补的作用。^①然而,在我国宪法秩序下,正当法律程序的规范基础尚不清楚,影响到立法机关的形成自由及法院的审查界限等后续问题的解决,而有进一步深究的必要。

(二) 法院判决中凸显的“正当法律程序身影”

我国《行政诉讼法》第54条规定,法院有权撤销“违反法定程序”的行政行为。近年来,法院在审理若干案件时,通过使用正当法律程序或其他具有类似含义的表述作为判决理由,拓宽了行政程序合法性审查的范围,相当于在“法定程序”之上提出“正当性”要求,引发不少争议。其中,在法释义学上直接面对的问题就是,正当法律程序的法律依据何在?由于我国宪法并无相当于美国宪法“正当法律程序条款”的规定,能否从现有宪法条文中推导出正当法律程序?如赋予其宪法原则的地位,并作为检验、衡量法定程序是否“合法”的标准,有无超出法院的能力,甚或造成法的不安定性?尽管法院经由一系列案件的审理,已逐渐描绘出正当法律程序的若干规范轮廓,但整体而言,法院在众多判决中既未对为何引入正当法律程序作一完整、详尽的说明,而且,关于系争行政行为适用的程序是否达到正当法律程序要求,法院在审查过程中也未提供相应的判断标准,不免让人产生欠缺临门一脚的感觉。

^① 汤德宗:《行政程序法论》,元照出版有限公司2005年版,第200—203页。