



现代行政法基本理论

(第二版)

THE BASIC THEORY OF
MODERN ADMINISTRATIVE LAW

Second Edition

下卷

章剑生 著

法律出版社

现代行政法基本理论

(第二版)

章剑生 著

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法基本理论:第2版/章剑生著. —北京:
法律出版社,2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5638 - 8

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—法的理论—
研究 IV. ①D912. 101

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第270784号

© 法律出版社·中国

现代行政法基本理论(第二版)

章剑生 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 64.25 字数 1100千

印次 2014年1月第1次印刷

编辑统筹 法律教育出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

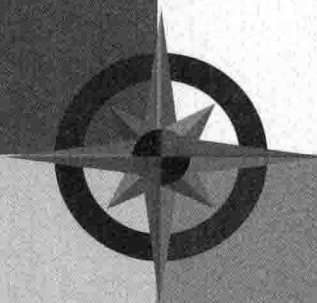
上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5638 - 8

定价:126.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



THE BASIC THEORY OF
MODERN ADMINISTRATIVE LAW

Second Edition

现代行政法基本理论

(第二版)



下卷·目录



第三编 行政程序法

第一章 行政程序初论 / 491

一、行政程序意义 / 491

二、行政程序成因 / 493

三、行政程序功能 / 500

第二章 行政程序观念论 / 506

一、英美法系 / 506

二、大陆法系 / 511

三、中国行政程序观念 / 514

第三章 行政公开论 / 525

一、行政公开界定 / 525

二、行政公开确立的社会背景 / 528

三、行政公开的基本内容 / 531

四、行政公开支撑的程序制度 / 534

第四章 行政公正论 / 540

一、行政公正界定 / 540

二、行政公正确立的社会背景 / 543

三、行政公正的基本内容 / 546

四、行政公正支撑的程序制度 / 552

第五章 行政管辖权论 / 557

一、行政管辖权界定 / 557

- 二、行政管辖权内容 / 561
- 三、行政管辖权冲突及解决程序 / 566

第六章 行政程序听证论 / 570

- 一、行政听证法理基础 / 570
- 二、行政听证的适用 / 573
- 三、行政听证制度研评 / 582

第七章 行政程序回避论 / 591

- 一、行政回避法理基础 / 591
- 二、行政回避的适用 / 594
- 三、行政回避制度研评 / 600

第八章 行政程序卷宗阅览权论 / 603

- 一、卷宗阅览权界定 / 603
- 二、卷宗阅览权的基本内容 / 608
- 三、卷宗阅览权的程序保障 / 612

第九章 行政程序参与权论 / 617

- 一、参与权界定 / 617
- 二、参与权的基本内容 / 621
- 三、参与权的程序保障 / 627

第十章 行政处罚当事人协助论 / 630

- 一、“证明负担”抑或“法定义务” / 630
- 二、参与权与协助义务内在张力的化解 / 633
- 三、有限协助义务:免予不利陈述 / 636

第十一章 行政行为说明理由论 / 639

- 一、行政行为说明理由界定 / 639
- 二、行政行为说明理由法理基础 / 643
- 三、行政行为说明理由内容及其规则 / 646
- 四、行政行为说明理由违法的法效力 / 651

第十二章 行政行为告知论 / 655

- 一、行政行为告知界定 / 655

- 二、行政行为告知合法要件 / 657
- 三、行政行为告知基本内容 / 660
- 四、行政行为告知违法及其救济 / 664

第十三章 行政程序证据论 / 668

- 一、证据及其合法性 / 668
- 二、法律程序与证据 / 672
- 三、行政程序证据制度 / 676

第十四章 政府信息公开论 / 681

- 一、政府信息公开界定 / 681
- 二、政府信息不公开范围 / 685
- 三、政府信息公开方式 / 691
- 四、相关问题的展开 / 693

第十五章 行政立法程序论 / 700

- 一、行政立法程序界定 / 700
- 二、动议与预告 / 705
- 三、听证与决定 / 708
- 四、公布与生效 / 714

第四编 行政诉讼法

第一章 行政复议论 / 719

- 一、作为行政救济的行政复议 / 719
- 二、行政复议与行政诉讼的关联性 / 729
- 三、相关问题的展开 / 736

第二章 行政诉讼立法目的论 / 741

- 一、行政诉讼立法目的的界定 / 741
- 二、影响实现行政诉讼立法目的的因素 / 748
- 三、实现行政诉讼立法目的的对策 / 754

第三章 司法审查有限论 / 759

- 一、行政诉讼基本原则确立 / 759

二、司法审查有限原则的法理基础 / 763

三、司法审查有限原则的内容 / 765

第四章 行政诉讼受案范围论 / 772

一、受案范围界定 / 772

二、受案范围确定方式 / 777

三、受案范围基本问题 / 781

第五章 行政诉讼原告资格论 / 789

一、原告的法律意义 / 789

二、原告资格认定规则 / 792

三、相关概念辨析 / 799

第六章 行政诉讼被告资格论 / 803

一、被告的法律意义 / 803

二、被告资格认定规则 / 806

三、被告资格种类 / 810

第七章 行政诉讼举证责任论 / 818

一、举证责任的法律意义 / 818

二、行政诉讼举证责任内容 / 821

三、行政诉讼免证范围 / 829

第八章 行政诉讼证明论 / 831

一、证明的法律意义 / 831

二、事实认定规则 / 833

三、证明内容 / 836

四、证明对象、方法及标准 / 837

第九章 行政诉讼参照规章论 / 841

一、规章的法律意义 / 841

二、参照规章内容 / 843

三、参照规章与不予适用 / 847

四、相关问题的展开 / 850

- 第十章 行政诉讼撤诉论 / 853**
- 一、撤诉的法律意义 / 853
 - 二、撤诉类别及其审理 / 856
 - 三、相关问题的展开 / 859
- 第十一章 行政诉讼重作判决论 / 863**
- 一、重作判决界定 / 863
 - 二、重作判决适用条件 / 864
 - 三、与履行法定职责判决的区别 / 866
 - 四、相关问题的展开 / 867
- 第十二章 行政诉讼履行法定职责判决论 / 870**
- 一、问题由来 / 870
 - 二、履行法定职责判决适用情形 / 871
 - 三、履行法定职责判决裁判方式 / 878
 - 四、相关问题的展开 / 882
- 第十三章 行政诉讼变更判决论 / 888**
- 一、司法变更权基本理论 / 888
 - 二、司法变更权基本规则 / 891
 - 三、司法变更权基本内容 / 895
- 第十四章 行政诉讼确认违法判决论 / 902**
- 一、确认与撤销之辨 / 902
 - 二、利益衡量方法的导入 / 905
 - 三、行政争议解决的妥当性 / 909
- 第十五章 行政诉讼“行民交叉”诉讼论 / 917**
- 一、问题由来 / 917
 - 二、作为构成要件效力的行政决定 / 921
 - 三、作为先决问题的行政决定 / 926
- 第十六章 行政法定程序违法论 / 936**
- 一、问题由来 / 936
 - 二、认定行政程序违法的标准 / 940
 - 三、行政程序违法的司法审查 / 946

第十七章 行政赔偿诉讼论 / 950

- 一、行政赔偿界定 / 950
- 二、行政赔偿构成要件 / 957
- 三、行政赔偿程序 / 962

第十八章 检察监督行政诉讼论 / 966

- 一、检察监督行政诉讼的法律意义 / 966
- 二、检察监督行政诉讼的基本范围 / 971
- 三、检察监督行政诉讼的法律程序 / 973

第十九章 诉讼公正论 / 976

- 一、诉讼公正的法律意义 / 976
- 二、诉讼公正的模式 / 981
- 三、诉讼公正的实现 / 984

第二十章 诉讼效益论 / 990

- 一、诉讼效益的法律意义 / 990
- 二、诉讼成本与诉讼目标 / 991
- 三、诉讼效益的提高 / 997

一版后记 / 999

二版补记 / 1001

第三编 行政程序法



一、行政程序意义

源于西方法治国家的现代行政程序,在我国行政法学理论体系中占据并不显眼的地位,与它能在构建法治政府过程中所发挥的作用是极不相称的。〔1〕一个根本的原因是我们迄今还没有完全认识到现代行政程序的法律价值,更遑论接受这一法律价值并用心加以落实。长期以来人治观念所形成的“结果好,什么都好”这一忽视过程正当性的法律实用主义理论,已成为我国行政程序法制建设的最大障碍。〔2〕然而不幸的是,这种法律实用主义理论在当今富国强民的迫切心情中仍获得了前所未有的高扬与肯定。

制度的革新在确立了基本价值目标之后,能否通过法律程序来实现这些价值目标,往往是其能否成功的决定性因素。过去30多年的国家法制建设在市场经济的建立和发展中产生的滞后性、被动性与在确保社会稳定过程中所表现出来的焦虑症、恐乱症,其原因都可以归结于对程序法制建设的忽视或轻视。一个重要的原因是法律程序的价值还没有为国家高层决策者所接受,更不用说它在整合社会过程中能够产生多大的作用。然而,“在现代社会中,许多互动过程的进行是借助某种程式化和类型化的做法。……这一特点还进一步体现在诸如‘程序正义’这样的制度安排中,也就是说,价值理性(如公平、平等)的实现经常要依循程序的方式才能获得保证”。〔3〕因此,市场经济发展中产生的种

〔1〕 迄今为止,绝大多数的行政法学教科书都将“行政程序”列为其中的一章,其内容大都是对行政程序法理论的框架性介绍,更不用说是以法律程序的眼光来构造整个行政法学体系。

〔2〕 目前各种“战役式”行政执法就是这种实用主义理论的产物。虽然它的效果立竿见影,但社会对政府的信赖与认同并不没有提高,有时反而在下降。所谓对政府“信任危机”,正说明这种实用主义理论自身所具有的但又无法克服的缺陷。

〔3〕 李猛:“论抽象社会”,载《社会学研究》1999年第1期。

种弊端能否在法治国家建设中得以避免,取决于我们能否理性地扬弃所奉行的法律实用主义,转而在追求结果的同时也关注国家权力过程的正当性。

我国正处于社会转型过程之中,一方面,无论是组织还是个人失范、脱序的行为相当普遍、严重,其所产生的破坏力量冲击着社会发展所需要的正常秩序,动摇着行政机关各项施政措施的合法性,进而减损行政机关的权威性,危及行政机关有效地管理社会。^{〔4〕}因此,宜早地、渐进式地通过立法设定一套行政程序——如制定“行政程序法”,让各种社会力量能进入一个预设的行政程序,通过参与驱使行政机关的决策趋于合法、合理。可以肯定地说,这种参与力量的转化能否成功,将决定着国家能否成功地从传统法制社会转向现代法治社会。“法治的当务之急,便是把那些不可能在司法制度内提出或解决的纠纷,以法律的语言特别是程序的比喻重构复述了,使之大体符合本本上的规定、分类与想像,包括填补立法的‘漏洞’。惟有这样,才能维护整个体制的尊严,不致造成太大的震荡,使法律在生活中常例的失败,变成一个个孤立的‘例外’而不及其余,断绝联想。在此意义上,宣传正当程序,以程序技术充当正义,在现阶段,乃是控制冲突,使社会矛盾‘法治化’的不二法门。”^{〔5〕}另一方面,行政机关行政权扩张与市场经济体制的确立、发展之间的张力始终存在。这种张力具有与社会发展相适应的合理性,但有时也会危及社会的正常发展。原有的以实体法为核心、以“管理法”为价值目标的传统行政法,在缓解上述两者之间的张力方面基本上已无所作为;而以控制行政权为基本价值目标的现代行政程序,正是解决这一法治国家发展难题的最佳方案。20世纪中叶以来世界范围内的行政程序法典化运动,基本上可以佐证这一命题的成立。

以一个客观中立的行政程序来整合社会中的各种关系,这对于行政机关来说,它可以提高其行政行为的社会可接受性程度,并保留其随时反思行使行政权是否合法、合理的机会。“但若人们普遍感觉政府的某一机关武断地或有失公正地做出决定,那么这种感觉就可以破坏公众对该部门的信任以及工业界遵守其决定的自愿性,这一点似乎是清楚的。”^{〔6〕}对于行政相对人来说,通过行政

〔4〕 社会学家袁方教授在谈到这一问题时指出:“这时更为基本的是建立一种制度化的渠道来吸纳新生的力量,引导他们进入具体的经济过程以增加他们的理性程度和责任感。再就是建立一种沟通渠道来表达既得利益者的要求,通过协商和妥协来缓解他们对现有政权权威的挑战。”袁方等:《社会学家的眼光:中国社会结构转型》,中国社会科学出版社1998年版,第6页。

〔5〕 冯象:“正义的蒙眼布”,载《读书》2002年第7期。

〔6〕 [美]盖尔霍恩等:《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4页。

程序所提供的有限空间合法抵抗行政权的不法侵害,接受行政程序所产生的结果,无论这种结果对己是否有利;同时,行政相对人也可以免去事后受行政权报复的后顾之忧。因此,在社会转型时期,通过现代行政程序来整合社会的各种关系,确保社会的长期稳定,的确具有重要的战略发展意义。^[7]

二、行政程序成因

纯粹以历史发展的阶段为基准,行政程序可以简要分为古代行政程序、近代行政程序和现代行政程序。古代行政程序正如有没有古代行政法那样,在法学界还是存有争议的。^[8] 近代行政程序在近代行政法中并不处于引人注目的位置。其原因在于,近代工业革命后因国家干预被认为是资本主义经济发展的桎梏,于是国家被要求仅仅负担维持秩序的责任,经济的发展则由市场规律来调整。行政实体法、行政诉讼法作为“控权法”的核心,行政机关在达成这一行政目标时并没有感到多大的困难。所以,近代行政程序因欠缺社会发展的需要而被置于行政实体法、行政诉讼法的阴影之中,难以获得发展所需的必要法空间。19世纪末20世纪初,以规范行政权为宗旨的现代行政程序开始发展起来,并引发了整个20世纪西方法治国家的行政程序法典化运动。^[9] 究其原因,主要有以下几个方面:

(一) 基本人权理论的发达

基本人权,即人作为人——体面的、有尊严的生活——应当享有的权利。它不可被转让与非法剥夺。^[10] 基本人权理论源于西方自然法学中人的自然权利理论,这些自然权利包括生命权、自由权、财产权等人与生俱来的权利。国家

[7] 进一步阅读季卫东:《法律程序的意义》(增订版),中国法制出版社2012年版;[美]奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成译,商务印书馆2006年版。

[8] 关于古代有没有行政法的争议,如同原始社会中有没有法一样,问题关键是我们对“行政法”如何下定义。应该说行政法与宪法一样都是近代民主法治理论发展的产物,与古代专制社会中权力运作程式所内涵的价值取向完全相悖。与其说是行政法,不如说是官制法。“把这种东西名为行政法,足以表明中国人在现代法常识上的欠缺。”梁治平等:《新波斯人信札》,贵州人民出版社1988年版,第44页。

[9] 迄今为止,世界上已有10多个国家或地区制定了行政程序法典或者公布了行政程序法草案。1999年2月中国台湾地区制定了多达175条的《行政程序法》,这对我国的行政程序立法产生相当大的推动作用。我国也有多个行政程序法试拟稿公布,行政程序立法也列入了国家立法计划。2008年10月1日中国第一部有关行政程序的地方政府规章《湖南省行政程序规定》实施,之后广东省汕头市、四川省凉山州和山东省先后制定实施了统一的“行政程序规定”。

[10] 郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社1997年版,第220页。

尊重和保障基本人权是基本人权理论的核心。^[11] 维护人的尊严的核心问题是,人只能作为目的而不能被当作实现某种目的的一种手段,成为他人权力任意支配的客体。自20世纪以来,“作为政府目标改变的一个直接的结果,行政程序已经为这些宪法性原则所接纳。”^[12] 在现代社会中,公民实现基本人权主要手段是行政程序,因为“权利不是社会的一套特殊安排而是一系列解决冲突的程序,这个认识后来成为许多西方政治法律思想的核心观念”。^[13] 换一种说法是,权利本身也可以被当作一种程序来对待,没有程序,就没有权利。

宪法发展史显示,1776年美国《独立宣言》和1789年法国《人权与公民权利宣言》是世界上最早确认人权的两个宪法性文件;之后,制定宪法的国家大都在宪法中列出了基本人权(基本权利),确认了对公民基本人权的法律保护原则。作为权利法案的宪法修正案前10条是美国宪法对基本人权保护的方式选择,尤其是它的“正当法律程序”条款对其他国家的影響很大。^[14] 作为宪法具体化的“行政法最关心的是保护公众和公民免受滥用公权之害。此点之成为英美法律所关注的问题已有数百年之久。它给美国人带来了由法院宣布的一套理论,这套理论又经《宪法》和立法予以支持”。^[15] 在这一套法学理论中,正当法律程序正处于其核心的地位。20世纪尤其是第二次世界大战之后制定的宪法,西方国家在对纳粹德国侵犯基本人权所造成的严重后果的反思过程中,更加深刻地体会到对公民基本人权宪法保护的重要性,如德国《基本法》第1条规定:“人的尊严不可侵犯,尊重和保护它是国家的义务。”日本《宪法》第11条规定:“国民所享有一切基本人权不受妨碍。本宪法所保障之国民基本人权,为不可侵犯之永久权利,赋予现在及将来之国民。”联合国《世界人权宣言》将这些权利列为基本人权,对联合国的成员国完善本国宪法对基本人权的保护起了积极的推动作用。我国《宪法》也用了18个条文确认了公民的基本权利。

然而,我们从中也可以清楚看到,在过去相当长的时期内,许多国家宪法对基本人权的保护主要在司法领域中,通过议会立法和宪法解释等途径将这种司法保护方式加以具体化,如美国的违宪审查制度、德国等大陆法系国家的宪法法院以及包括美、德在内的其他国家的刑事、民事和行政审判制度。但是,审判

[11] 参见《宪法》第33条第3款。

[12] Geoffrey. A. Flick, *Nature Justice*, Butterworths Pty Limited, second ed., 1984, p. 2.

[13] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第76页。

[14] 进一步阅读[美]奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成译,商务印书馆2006年版。

[15] [美]贾菲:“行政法”,载[美]伯曼编:《美国法律讲话》,陈若桓译,三联书店1988年版,第97页。