

# 中國行政程序法的發展概況及趨勢

楊海坤<sup>1</sup>

德國著名社會學家馬克思·韋伯曾經提出：“形式主義”原則是一切近代法律的重要特徵，而法律的“形式主義”主要是指法律活動的程序性。但從人們的一般認識來看，法律活動的程序性通常是指立法和司法活動的程序性，而對行政活動的程序性起初是被排斥在外的。因為行政活動或行政行為充滿複雜性和變異性，不同行政機關會根據不同情況和不同管理對象作出自己的決定，享有大幅度的自由裁量權，因此，講究行政程序及其規範化往往被認為是給行政機關束縛手足，會影響和降低行政機關的工作效率。為此，各國行政程序法制化都經歷了艱難的歷程，各國法學家都把行政程序法典化視為難題。在中國法律現代化進程中，人們對行政程序法的發展日益關注，行政程序法典化問題也已成爲中國實現行政法治的一個主要課題。

## 一、關於行政程序法概念的討論及筆者的看法

程序，是一個人們經常使用的概念。一般而言，它是指按時間先後安排的工作步驟，它反映了事物之間的客觀的、內在的聯繫，體現了人們有目的的行為過程，因此它是人們在對把握客觀事物內在聯繫基礎上對自己行為進行控制的主觀設計的系統。行政程序可以看作行政機關及其工作人員在對行政過程客觀規律認識基礎上對行政行為過程設計的一個系統。

但目前國內學者討論行政程序法概念時存在分歧，主要有以下三種觀點：

第一種觀點：認為行政程序是有關行政主體行使行政管理職權的步驟、方式和過程，因此行政程序法是有關行政主體行使行政管理權的步驟、方式、過程之法律規範的總稱，或者說行政程序法是關於行政行為成立過程、手續與方式的法律規範的總和。

第二種觀點：認為行政程序實質上是規範行政權運行的方法和步驟，而行政程序法是規定行政主體的行政行為和行政相對人參與行政過程應遵守的方法、步驟和時限，並

---

<sup>1</sup> 蘇州大學法學院教授。

由此構成一個連續過程的法律規範的總稱。

第三種觀點：認為行政程序法是凡規定國家行政組織及其活動程序的法律規範的總稱。行政程序法包括行政組織、行政決策與執行、行政監督、行政訴訟等方面的程序規定，其中以行政訴訟程序為主要部分。

因此，分歧表現在兩個方面：一是行政程序法是僅僅規範行政主體的行政行為的程序，還是包括規範行政主體和行政相對人各方行為的程序。二是行政程序法與行政訴訟法是並列的關係，還是行政程序法包含了行政訴訟法。筆者認為：在中國，已有單獨的行政訴訟法典的情況下，行政程序法可與行政訴訟法並列存在，這將同美國行政程序法典不同。

同時，由於行政法既有以行政權為重心發揮其作用的方面，但也有行政相對人參與行政活動，發揮其作用的方面。因此，行政程序法特別關注行政相對人的程序參與。當代憲法學者和行政法學者普遍認為：“參與是民主政治的基石”，現代民主憲政和民主行政的成長，主要係於政治參與和行政參與，“正當法律程序”的概念正是在這種背景下提出和成長起來的。各國行政法莫不在這方面有所突破，從而改變了行政相對人在以往行政法律關係中實際所處的客體地位。例如德國行政法目前的設計就不止規定行政機關的活動程序，而且還規定了行政相對人的活動程序，他們的學者甚至認為這樣做還不夠，如波恩大學公法研究所所長 Fritz Ossenbuhl 批評說：“（德國）行政程序法仍以一種兩極式（雙方性）程序為主。它並不注重複雜多變利益或是各角利益關係，例如建築物之起造人、相鄰人、官署以及第三人的關係只有偶而會提及，利益沖突或相沖突的利益並沒有作為行政程序規範之內容。”<sup>2</sup>

從我國已公佈的法律、法規來看，涉及的行政程序法也並不僅僅規範行政主體（主要是行政機關）行為的程序，而且規範行政相對人以及利益相關人的行為程序。例如 1994 年 7 月 1 日起施行的《中華人民共和國公司登記條例》不止是規定公司登記機關的程序權利和義務，而且規定了有限責任公司和股份有限公司中申請登記人的程序權利和義務。再如 1995 年國家體委頒佈的《全國綜合性運動會申辦辦法（試行）》規定的綜合

---

<sup>2</sup> 《德國行政程序法十五年來之經驗與展望》，載台灣《政大法學評論》第 47 期第 244 頁。

性運動會申辦程序，主要內容是規定主辦者和承辦者在申辦過程中的程序權利和義務。我們再以《行政複議條例》這部比較典型的行政程序法規定來看，其程序權利義務和法律責任一般涉及複議機關、複議申請人、複議被申請人三方，因此把行政程序法的功能僅僅歸結為規範行政主體是不全面的。筆者的結論是：行政程序法是以實現公共行政職能為目的而設立的規範行政法律關係主體在行政活動中的程序法律規範的總和，即行政程序法不僅調整行政主體的行為程序，而且調整行政相對人的行為程序。

需要注意的是，人們在使用“行政程序法”這一概念時有時分為另兩種情況：一種是指廣義的行政程序法，也稱實質意義上的行政程序法，即既包括有一部單獨的統一的行政程序法典，也包括存在於各種形式中的行政程序法律規範；另一種是狹義的行政程序法，僅指國家統一的行政程序法典，也稱形式意義上的行政程序法。目前中國行政法治化所追求和迫切需要的，是在已存在的程序性法律文件和大量分散的行政程序法律規範基礎上，經過努力，制定一部統一的適合中國國情的行政程序法典。儘管它不可能涵蓋所有行政程序，也不可能匯總所有行政程序法律規範，但它是統率和指導所有行政程序法律規範和法律文件的基本法，是直接落實憲法有關依法行政、合法行政原則的基本法。

## 二、中國行政程序法獲得空前發展及其原因分析

有行政活動就有行政程序，中國古代行政法就有不少程序方面的規定，但中國古代行政程序作為皇權和封建官僚機關運作的程序，其價值旨在維護權力、維護特權，因此這種行政程序同現代行政中以“主權在民”為底蘊的體現民主與效率相結合的行政程序有質的區別。對中國法律制度頗有研究的季衛東博士曾在一篇文章中指出中國古代法律程序方面的問題，認為“中國上古之世，程序已經頗為可觀”，但“程序法一直沒有獨立於實體法之外，其內部分化也很不充分”，他着重指出了中國封建社會“司法與行政合一的體制造就了視審判行為為行政的一個環節的觀念，審判程序是“按行政原理設計的”特點，可謂入木三分。<sup>3</sup>就以聽證制度為例來說，它就是一個“舶來品”，屬於現代中國借鑒外國有益的行政法制度的成果。當然不能說中國歷史上絲毫沒有關於“聽

---

<sup>3</sup> 季衛東：《法律程序的意義》一文，載《中國社會科學》1993年第1期。

證”方面的思想。中國古代官吏聽訟處事方面早有許多“兼聽則明，偏信則暗”的思想閃光，對慎密決策、公正斷案提供很大幫助。但中國這些辯證的聽證思想長期為維護君權所用，為官僚制度運行所用，它不反映真正的民主思想和要求；而且，長期以來在中國行政領域並沒有產生出獨立的行政聽證程序和制度。

黨的十一屆三中全會以來，中國社會向前發展的速度是空前的，從撥亂反正到改革開放，從認識到中國處於社會主義初級階段到明確社會主義市場經濟體制的建立，都表明中國社會處於劇烈的深刻變動之中。與此同時，中國社會主義法制從恢復到發展，也發生巨大變化。行政法作為獨立法律部門開始被人們重視，有關行政程序立法則經歷了一個從無到有、從忽視到重視、從分散到集中、從較低層級向較高層級、從質量較低到質量較高的發展過程。其中特別是 1989 年頒佈的《行政訴訟法》可以說是中國行政程序法發展道路上一塊重要的里程碑。該法的顯著特點之一是把人民法院對行政機關具體行政行為的合法性審查的範圍，不僅局限於是否符合行政實體法律規範的審查，而且包括是否符合行政程序法律規範的審查，如果具體行政行為違反法定程序，即應判決撤銷該具體行政行為，而不應附加任何具體條件。這就是說《行政訴訟法》基本上賦予了行政程序法與行政實體法幾乎同等的法律地位和效力。這一規定具有重要的意義，它不僅為人民法院審查具體行政行為的合法性拓寬了領域，豐富了行政法合法性原則的內涵，糾正了人們長期以來存在的違反行政法實體要求構成違法，違反行政程序要求則無所謂的傳統觀念；而且對提高行政程序法在我國行政法體系中的地位，對於推進我國行政程序立法，提高行政機關工作效率，克服行政機關中存在的官僚主義和腐敗作風，特別是對於保護市場經濟條件下行政相對人的合法權益，推進我國民主化進程具有深遠意義。

《行政訴訟法》開創了違反行政程序的具體行政行為將被撤銷的立法先例，接着，在 1990 年通過了《行政複議條例》，該條例 1994 年作了修訂，其中第 42 條規定：複議機關發現具體行政行為有程序上不足（但不影響申請人合法權益）的，可以決定被申請人補正。如發現具體行政行為違反法定程序影響申請人合法權益的，則可以決定撤銷、變更該具體行政行為並可責令被申請人重新作出具體行政行為。

以後，行政程序法律規範在《行政監察條例》、《國家公務員暫行條例》、《國家賠償法》等法律、法規及規章中出現，尤其是部門行政法（部門規章為主要形式）中增設了大量程序性規範。程序法規範被重視是中國行政法健康發展的標誌之一。

我國行政程序法在內容上取得重大突破的又一塊里程碑，是 1996 年 3 月通過並於當年 10 月實施的《中華人民共和國行政處罰法》，該法在我國行政法律中明白確立了現代行政程序的兩條基本規則：在行政行為作出之前行政主體須將行為的事實、理由和依據告知對方當事人的規則，以及當事人有權進行陳述和申辯的規則。該法第 3 條明確規定：“沒有法定依據或者不遵守法定程序的，行政處罰無效。”該法第 41 條特別規定：“行政機關及其執法人員在作出行政處罰決定之前，不依照本法第三十一條、第三十二條的規定向當事人告知給予行政處罰的事實、理由和依據，或者拒絕聽取當事人的陳述、申辯，行政處罰決定不能成立。”以上這些規定進一步確認了行政程序本身具備的相對獨立的法律意義，無論行政行為在實體上是否正確、合法，只要其違反法定程序，將導致整個行政行為無效，這是對過去輕視程序、對程序採取實用主義態度的有力否定，在我國行政程序法制發展史上具有重要意義。特別值得重視的是《行政處罰法》在行政處罰決定程序中作出了聽證程序的規定，這在我國行政法發展史上具有突破性意義，揭開了我國行政程序法建設的新篇章。該法把聽證程序與簡易程序、一般程序並列為三種行政處罰決定的程序，實際上聽證程序是行政處罰一般程序中的特別程序。其特殊之處在於其司法化程度較高，可以認為行政聽證程序正是行政行為司法化的標誌。《行政處罰法》對聽證程序作出如下具體規定：

- （一）當事人要求聽證的，應當在行政機關告知後三日內提出；
- （二）行政機關應當在聽證的七日前，通知當事人舉行聽證的時間、地點；
- （三）除涉及國家秘密、商業秘密或者個人隱私外，聽證公開舉行；
- （四）聽證由行政機關指定的非本案調查人員主持；當事人與本案有直接利害關係的，有權申請迴避；
- （五）當事人可以親自參加聽證，也可以委托一至二人代理；
- （六）進行聽證時，調查人員提出當事人違法的事實、證據和行政處罰建議，當事人進行申辯和質證；
- （七）聽證應當制作筆錄；筆錄應當交當事人審核無誤後簽字或者蓋章。

應該說，我國行政處罰的聽證程序比較成功地體現了聽證制度的準司法性。它包含

了具有司法色彩的通知制度、公開制度、職能分離制度、迴避制度、代理制度、申辯和質證制度、制作筆錄制度等。其中，申辯質證制度又是聽證制度的核心內容，它是當事人向行政機關陳述意見、遞交證據以及行政機關聽取意見和接納證據的過程。本案調查人不能充當質證主持人，使行政相對人與本案調查人在聽證主持人面前處於平等的法律地位，而質證主持人應當由相對獨立的行政機關成員來擔任，當事人對主持人持有異議的，有權申請迴避，這就在一定程度上保證了聽證主持人的公正性。

行政聽證在我國《行政處罰法》中首次加以規定，其意義不凡：首先它是為利益受影響者提供一個對自己不利指控的抗辯場所。從原則上來說，凡是權利和利益可能受到行政決定較大不利影響的人都應該成為聽證的當事人，都能向行政機關提出聽證的要求，故對其民主的意義不可低估。它集中體現了現代民主社會中公民的平等權，公民在政治生活和行政過程的積極參與權。其次，行政聽證對行政機關來說，可以使其在作出決定過程中防止偏私和腐敗，做到兼聽則明，獲得作出決定應占有的詳盡材料，從而保證行政決定的公正性、正確性。最後，這一制度促使公務人員嚴肅、謹慎、奉公守法地開展工作，從而塑造了責任政府的良好形象，密切了政府和人民之間的關係。

繼《行政處罰法》之後，我國 1998 年 5 月 1 日正式實施的《價格法》為適應市場經濟發展需要，嚴格規範了政府的價格行為，特別是對關係群眾切身利益的公用事業價格、公益性服務價格等實行有消費者、經營者等各有關方面參加的價格決策聽證會制度，從而限制了政府對市場價格的隨意干預。最近，正在徵求意見中的《中華人民共和國立法法》草稿中有這樣的內容：“對涉及較多數公民切身利益的行政法規或者規章，起草單位應當進行有關的社會團體和公眾代表參加的聽證會，聽取意見。”

這一切表明，現代行政程序正在引進我國行政管理領域，行政程序法規範和制度的發展在我國正方興未艾。

我國行政程序法規範和制度的發展如此迅猛，決不是偶然的，概括起來，它是社會調節市場經濟發展和政府角色之間矛盾的產物，是調節政府公共權力與公民權利之間矛盾的產物，也是政府解決實現社會公正目標與自身效率目標矛盾的產物。具體來說：

（一）行政程序法的產生和完善首先有賴於經濟的發展，特別是市場經濟體制目標的確立是中國行政程序法產生的基本動因

當前各國法律和法學的熱點和趨勢在兩個方面表現得最為明顯：一是法律、法學與經濟的關係更加密切；二是法律、法學與政府活動的關係更加密切。而調整和規範對政府權力的授予、運行和監督的法律規範就構成了行政法。如果說，過去我們對這個法律部門有所忽視的話，那麼隨着社會主義市場經濟的確立和社會主義民主憲政制度的完善，我國行政法的地位和作用應更顯突出。因為市場經濟作為合理分配社會資源供求的一種制度，其最大優點就是使市場主體的積極性充分發揮出來，但是市場經濟制度“無形的手”不可能解決一切問題，在某些領域和特定情況下，必須有政府的介入才能保證市場主體的公平競爭秩序。政府在經濟領域和其他領域中扮演的角色將是積極和富有進取性的。問題的關鍵在於政府活動必須納入民主化、科學化和法制化的軌道，特別是政府活動程序法是一個瓶頸問題。實踐表明：行政程序法不僅保障公民合法權益，而且可以提高行政效能；不僅可用以防止行政權活動的濫用，而且可以發揮其積極指導行政權運行的作用。行政程序一方面可以限制行政官員的裁量權、維護法的穩定性和自我完結性，另一方面容許選擇的自由，使法律系統具有更大的可塑性和適應能力。中國的改革開放需要行政程序法這一法律手段，因為程序合理性被視為規範設計合理性和歷史進化合理性的結合部，行政程序法將使行政組織的效率和行政相對人的自由選擇巧妙地結合起來，從而適應現代市場經濟的需要，積極地推動我國社會的進步。

中國改革開放無疑已空前地解放了社會生產力，特別是沿海地區充分利用地理條件和優惠政策吸引外資，取得了舉世矚目的巨大成就。投資者在關心經濟發展的“硬環境”的同時，越來越關注更有意義的“軟環境”。所謂“軟環境”，其構成要素包括人的觀念、社會習俗、經濟社會管理體制。政府政務運行體制、國民素質等等，它對經濟發展的影響是長期的、根本性的。行政程序屬於作為政府運行體制中的最重要因素，成為軟環境中的一個關鍵，其合理與否對生產力發展關係尤為密切。例如本來屬於符合改革精神、符合政策規定，政府鼓勵發展的事情，一旦進行實際操作階段，有些地方就遇到重重阻力，辦事程序複雜，手續繁瑣，效率低下；本來可以馬上辦妥的事情，卻多時不見答覆，“泥牛入海無消息”；本來由一個部門就能辦的事，卻要多個部門參與，反覆蓋章，生出許多本不應有的環節和關卡來；本來屬於部門職責範圍內應該辦的事情，由於“門難進，臉難看，事難辦”，受到百般刁難。行政系統內部，像一群螃蟹一樣互相鉗軋，誰也動彈不得；行政系統對外，不規範的行政管理造成辦事難、難辦事的情

況，使人們失去投資的勇氣和興趣，使經濟發展錯過許多良機。朱鎔基總理在九屆人大一次會議舉行的記者招待會上指出：“現在投資體制主要是行政審批制度，不能發揮市場對資源配置的基礎性作用，這就產生了許多重複建設。”來自實際部門的報告指出：現行的繁瑣行政審批程序不僅阻礙了生產力的發展，有些地方已成為權力腐敗的溫床，因此需要徹底改革。

（二）對政府權力擴張的控制以及對政府科學管理的強烈要求則是中國行政程序法產生和發展的直接動因

世界各國政府職能因管理日益發展的經濟、政治、科技事業需要而在不斷擴張，與此同時，人們對政府權力可能被濫用越來越擔心，對政府科學管理的要求變得越來越強烈，這是各國行政程序法典化的直接原因。而對中國來說，情況還有特殊性，由於改革開放以後，地方和部門權力有所擴大，其副效應是滋長了地方保護主義和部門保護主義，並成為目前中國行政程序混亂的一個重要原因。有些機關和部門，特別是掌握一定人、財、物權的實權部門和執法部門，缺乏體制觀念和服務意識，見利就搶，遇事便推，國家賦予他們的權力和職責成了他們謀取地方利益或部門利益的工具和手段。他們奉行一個辦事宗旨：“雁過拔毛”。本來屬於職責範圍內的事情，卻要巧立名目收取各種費用；本來靠規範管理就能解決的問題，卻要變着法子收取各種罰款，導致所謂“三亂”（亂收費、亂攤派、亂罰款）的泛濫，對改革開放和經濟建設造成嚴重危害。

近年來各地呼籲行政程序法早日出台，主要是針對濫用行政權力提出的。

（三）人民民主憲政制度的確立和保障人權的法治思想的普及是中國行政程序法產生和發展的政治、思想動因

民主和法治的程度，可以用政府與人民共同服從程序法的狀況作為重要尺度來衡量。第二次世界大戰後，行政程序法典化浪潮與各國民主政治發展，特別是同憲政的確立和完善直接有關，學者們把這一現象稱之為從憲法時代進入了行政法時代。因為在民主的社會中，憲法是保障自由權利的“第一道防線”，行政法則是“第二道防線”。憲法的實施效果如何，極其重要的方面是看行政法的健全與實施程度。中國經過近二十年的努力，一個以憲法為基礎的有中國特色的社會主義法律體系已逐步形成。從憲法到普通法，從實體法到程序法，從全國性的法律、法規、規章到地方性法規、規章，確已數



量眾多，遍及國家政治生活、經濟生活和社會生活的各個方面。社會主義民主與法制的強化正在形成一個有中國特色的法治國家。在這樣的氣候和條件下，行政程序法的制定和完善是順理成章的。中國的行政程序法將為實現社會主義法治、完善社會主義憲政而服務，它應該在《中華人民共和國憲法》規定的原則下起草和制定。憲法第 2 條第 3 款規定：“人民依照法律規定，通過各種途徑和形式，管理國家事務，管理經濟和文化事業，管理社會事務”。憲法第 27 條規定國家機關必須聽取人民意見，提高工作效率和反對官僚主義，其第 2 款明確規定：“一切國家機關和國家工作人員必須依靠人民的支持，經常保持同人民的密切聯繫，傾聽人民的意見和建議，接受人民的監督，努力為人民服務”。因此實行行政程序法中最基本的制度，例如事前的公聽和聽訊制度，以及事後的申訴和賠償制度等，在憲法中都可找到依據。制定行政程序法典正是落實憲法有關條款的基本措施，無疑將有力地推動我國民主制度的建設。

### 三、中國行政程序法典化當前面臨的主要困難和我們的設想

行政程序法典化已成為中國行政法學者憧憬的目標，它將是中國行政法穩步走向成熟的標誌，但同時要看到：這是一項最艱巨的行政立法系統工程，是當前中國行政法學研究中最富有挑戰性的課題。在行政法歷史上，不少國家法學家曾經努力制定一部適合本國需要的融行政實體法與行政程序法於一體的統一的行政法典，但幾無成功。於是立法家與學者們又開始向制定統一的行政程序法典方向努力，這一方面已有不少國家和地區獲得了成功。例如奧地利國會議員早在 1875 年就提出行政程序法典化的要求，到 1926 年才使該國《一般行政手續法》公佈生效，經過了幾十年時間。德國近代行政法開山鼻祖奧託 麥耶 1895 年出版《德國行政法總論》巨著，提出行政程序問題，德國法學家 Apelt 於 1929 年就提出制定全國統一行政程序法的建議，由於戰爭等各種原因直到戰後才正式注力於這項工作，六十年代初正式負責起草工作，到 1976 年終於完成該法的立法程序，足足經過四代行政法學者的努力。美國 1929 年就由參議員 Norris Bill 首次提出行政程序立法草案，1937 年根據羅斯福總統的命令，成立了行政程序委員會，直到 1947 年杜魯門總統時才正式簽署公佈《聯邦行政程序法》，其間經歷了十七年時間。日本法學家園部敏教授早於 1937 年就發表了在日本行政程序法典化的必要性，戰後日本“臨時行政機構改革委員會”提出了制定“行政營運法”的建議，但國內爭議很大，1963 年日本臨時行政調查委員會開始起草第一部“行政手續法草案”，直到 1994 年這部法才正式實

施，從草案到通過實施花費了三十多年。

反觀我國，雖然《行政訴訟法》實施以來，廣大公民和政府工作人員的行政法治意識已有很大提高，單行的行政程序立法工作已取得初步成績，學者們對國外行政程序法的研究也有一些基礎，但總的來說，在立法理論和實踐的準備方面還相當不足。其困難和問題主要表現在以下幾個方面：

（一）我國歷史上缺乏民主法制傳統，中國法制史上有關行政程序立法理論幾乎是空白，更談不上給我們留下民主行政程序方面的法律文化遺產。目前，在一般政府工作人員和行政領導頭腦中，依法定程序行政的觀念還相當淡薄，“目的和效果是一切，程序是無關緊要的”觀念在一部分行政人員中還佔主導地位

眾所周知，在傳統社會中，行政權力是高度集權的、至高無上的、全能的權力，也是非常人格化的、充滿隨意性的、不負法律責任的權力，中國封建社會中行政權力運作的無序性表現得特別明顯，因此歷史給我們留下的傳統觀念是“有權就有一切”，“有權即用，過期作廢”。現在我們提出依法行政，無疑是在行政機關工作人員思想觀念方面來一場革命，依法行政其中一個重要的新觀念就是依行政程序行政。行政程序法典的立法工作在各國都遇到阻力，而且這種阻力首先來自行政機關內部的習慣勢力。行政人員往往認為搞行政程序法是多此一舉，不適合本國國情和行政部門特點云云。行政程序法要求行政程序具有公開性和透明度，這很容易引起行政官員的抵觸情緒。例如，德國行政官員至今對行政相對人和當事人聽證，閱覽行政檔案和卷宗權利的規定抱有抵觸情緒。我國在擬訂“行政處罰法草案”中，借鑑了國外經驗，在處罰嚴厲和處罰手段幅度比較重的情況下規定必須經聽證程序，對此，徵詢草案意見時遇到不少行政部門、甚至司法部門的反對，可見，行政程序法典化過程正是培養和提高行政工作人員依法行政法律意識的過程。

在中國，無論是立法人員觀念還是執法人員觀念都有待進一步改變，立法人員觀念往往停留在行政法主要功能是穩定行政秩序方面，因此“秩序第一”、“效率第一”的觀念十分強烈，反映在行政執法程序的立法重心主要傾向於行政權的便捷行使，而很少自覺關注如何增強行政執法的民主性和開放性，增強行政相對人對行政程序的參與，對行政相對人的法定程序權益沒有引起足夠的重視。在行政執法人員觀念中，缺乏行政程

序的觀念更為普遍，在《行政訴訟法》普及過程中，一部分執法人員已樹立起“先取證，後裁決”的基本觀念，但還不能說所有執法人員已真正樹立這一觀念。特別是由於《行政訴訟法》第 55 條及相關司法解釋的理解存在這方面問題，即人民法院以違反程序為由，裁決撤銷行政機關具體行政行為時，行政機關可以在重新作出具體行政行為時作出與原具體行政行為相同的具體行政行為，因此，有些執法機關人員據此認為撤銷行為純屬“多此一舉”，也有的認為違反行政程序仍是無關痛癢的，最多給行政機關“找點麻煩”而已。

（二）行政程序法典化需要具備比較充分的理論準備，尤其需要在比較研究各國行政程序法典內容、借鑑別國成功經驗和失敗教訓方面做大量基礎性的工作。我國對於我國行政程序法典化問題的研究僅僅揭開了序幕

行政程序法的思想淵源和基礎就是法治思想，根據美國漢學家康林翰的看法，法治主義原則有以下七項：（1）所有法律應是預期的、公開的、明確的；（2）法律應該是穩定的；（3）行政決定應有公開、穩定、明確及普遍性的法律為依據；（4）必須保證有獨立的司法；（5）自然公正原則必須遵守；（6）法院對履行法治原則有司法審查權；（7）人民應有獲得司法救濟之道。<sup>4</sup> 行政程序法應該說在許多方面直接體現了以上法治主義原則。

英美法系和大陸法系在傳統法治理論上有所區別，大陸法系典型國家之一德國有所謂“法治國”理論，強調實現“法律優先原則”和“法律保留原則”，即依法行政除了保障法律的優先地位之外，還強調行政活動必須行之有據，凡對國民課以義務或限制權利的行政活動必須具有國會制定的法律為依據。因此在大陸法系國家歷史上，行政程序最初主要在形式上受到議會立法的約束。

英美法系的法治理論在英國和普通法中突出地表現為“自然公正”原則（Natural Justice）這一原則，首先適用於司法領域，以後延伸至行政領域，這一原則要求任何人不能充當自己案件的裁判者；行政機關在作出有關相對一方當事人權利義務的決定時，必須聽取他們的意見。在美國立國之初，接受了英國有關“正當法律程序”的傳統觀

---

<sup>4</sup> 台灣羅傳賢著《行政程序法基礎理論》一書，第 43 頁。

念，並在 1868 年憲法第 5 條及第 14 條修正案中明確作出有關“正當法律程序”的成文規定，起先它主要適用於司法領域，但其精神也逐步推廣至行政領域。美國學者認為：行政程序法正是演繹憲法增補條款第 5 條及第 15 條正當程序規定之結果。因此英美法系的依法行政中的“法”，應該包括正當的法律程序，即把行政程序同確保獨立自尊的人的地位聯繫起來，同保障人權結合起來。

第二次世界大戰後，兩大法系有關行政程序法的思想觀念日益靠攏，比較典型的是表現在日本，日本行政法首先是接受德國行政法理論的基礎上發展起來的，因此它最初接受的是德國式的“形式上的法治主義”；在第二次世界大戰後，日本國憲法在美國佔領軍主導下完成，並接受了“正當法律程序”的概念，日本學者紛紛走出舊的理論桎梏，開始把依法定程序行政的要求同保障公民權利自由緊密聯繫起來，從而走向了所謂“實質性法治主義”。七十年代日本行政法學的主流學說“行政過程論”可以看作是這種“實質性法治主義”的進一步發展，這一學說修正了行政主體與私人之間兩方對立關係，提出要通過行政程序的調節作用使行政活動成為行政主體、利害關係人及一般居民等具有各自立場與地位的人之間達成合意的統合性過程。總之，法治學者不斷發展和深化，主導着行政程序法的完善和發展，並使各國行政程序法形成不同的特色。

目前我國行政程序法理論研究方面明顯落後於實際需要，一是如何在理論上對行政程序、行政執法程序、法定行政程序等概念加以正確闡述，對法定程序與非法定程序、強制性程序與任意性程序等區別加以科學的界定；二是對行政程序的合法性、合理性、自由裁量範圍的正確認定，尤其是如何確立行政複議與行政訴訟活動對程序違法的審查標準。這方面，可謂仁者見仁，智者見智，莫衷一是，正如一位青年學者所指出的：“實際上，處理行政程序的違法問題的難度遠遠甚於行政實體違法”；“普通法系國家儘管重視法律程序，但其重心在於僅僅是對司法機關提出的要求，或許是人們因時認定行政程序的違法難度而產生的一種畏難情緒，從而放棄了對行政行為的程序要求。”但是，現代法治理論要求把法治原則貫徹到行政領域，包括必須貫徹到行政程序領域，我國行政法學界必須知難而進，繼續努力，才能趕上先進國家行政法學發展水平和行政法完善程度。

（三）行政行為範圍廣泛、複雜，且變化頻繁。尤其是我國幅員遼闊，中央到地方行政機關林立，職能廣泛，在確立市場經濟體制目標的新形勢下，要對各種行政機關的

程序作出統一的規範，必然會遇到許多意想不到的立法技術上的困難

行政主體同行政相對人之間的關係是通過行政行為聯結起來的，而行政行為具有複雜性和多種多樣性，涉及廣泛的領域，例如公安管理領域、海關管理領域、工商管理領域、稅務管理領域、交通管理領域、土地管理領域、環境保護管理領域等等，幾乎覆蓋了社會生活的各個方面。特別是在市場經濟條件下，管理方式、管理力度都在發生變化，政府管理總的來說正在不斷調整，以適應市場經濟發展的需要，在這種情況下，要對各管理領域行政主體的活動提出統一的規範化的程序要求，其艱難程度可想而知。

我國行政法制建設真正起步還不過十來年，提出建立社會主義市場經濟體制目標也不過四、五年，行政程序公正立法工作還剛剛開始。目前，我們雖已有了重要的《行政處罰法》（該法還要完善），但對於其它許多重要的具體行政行為，例如行政許可、行政檢查、行政強制執行等都還缺乏統一的行政程序的規定。已有的行政程序規定分散在各單行法律、法規、規章中，大多與行政實體法律規範攪在一起。另外，強制性程序與任意性程序、法定程序與非法定程序、主要程序與次要程序、要式程序與非要式程序等等在法律規定中的界線還很不清楚，造成執法人員執法中的許多困難。

總之，行政程序法典化在中國還是新鮮課題，它目前還是一紙空白，甚至連藍圖還談不上。古人說：“筆路藍縷，以啟山林”，當前中國行政法學者要做的正是前無古人的事業，需要老中青學者通力合作，實際工作者和理論工作者共同努力。我們的初步設想包括以下幾個方面：

（一）從實現社會主義法治高度認識行政程序法典化的必要性，使實際部門高度重視此項工作，特別是要引起國家立法部門和政府部門的高度重視

進入八十年代以後，中國行政法的發展是極為迅速的，《行政訴訟法》、《行政處罰法》等法律的頒佈都是突出表現。但是否需要制定一部統一的行政程序法典，還有不同認識，至少目前還沒有列入立法部門長遠的立法規劃；也沒有被政府部門高度重視，更沒有為政府自覺認識到制定此法乃依法行政之必需。

借鑑國外經驗，沒有立法部門高度重視和政府部門通力合作，行政程序法不但難以出台，即使出台也難以實施。德國行政程序法之出台，經歷數十年，其制定特點並非首先由學者所創議，由他們建立理論體系，推動實際部門立法，而首先由政府部門，基於

“民主法治之自覺與行政之方便”，主動邀請專家研究解決方法，並由政府部門推動法律實施。美國行政程序法的制定也是政府高度重視和推動的結果，羅斯福總統 1939 年起命令司法部長組織一個委員會研究行政程序問題，該委員會對聯邦政府中十一個重要的行政機關的行政程序進行調查，寫出專題報告，然後在總結全部研究材料基礎上寫出最終報告和建議，1941 年將立法建議提交國會。二次大戰結束後，國會在行政程序委員會各種建議的基礎上終於通過了《聯邦行政程序法》。國外的有關經驗值得借鑑，即行政法學者必須和立法部門、政府部門很好合作，建立良好的持久的協作關係，並最終由有關國家機關來牽頭和帶動此項工作。仍以美國為例，美國聯邦行政程序法的制定得到幾屆總統的支持，為此專門設立全美國際會議，吸納政府官員和國內外學者一起商討行政程序法典化問題。由於行政程序法的制定要經過很長時間，制定後還要不斷修改與完善，因此美國還專設長期工作的機構和組織，隨時對立法中有關問題加以探討。我國在行政程序法典化工作中可以借鑑這一經驗。

總之，行政程序法是有關政府活動的法，首先要引起政府的關注，沒有政府的關注與投入，行政程序法典化將步履艱難。

（二）為避免曲折，少走彎路，應對行政程序法典化的立法理論，尤其是對立法目標模式和基本原則作深入、系統研究，作好充分的理論準備。確立適合國情需要和遠景發展的行政程序法典立法目標模式和基本原則，是行政程序法典化成功的前提

在行政程序法典化的歷史發展過程中，目標模式（即立法目的和價值目標追求）是行政程序法立法實踐中涉及的最基本問題，主要有公正模式（亦稱權利模式）和效率模式之別。所謂公正模式，就是通過一系列規範、監督、制約和限制行政權行使的程序來防止和控制行政權的濫用，從而達到保障行政相對人的合法權益和社會公正目的；所謂效率模式，是以提高行政效率為宗旨，著眼於通過行政程序法保障社會公共利益，提高行政權運行的科學性、合理性和可操作性。一般而言，英美法系的行政程序法被稱為公正模式，西歐早期的行政程序法則具有效率模式的特點。但由於權利、公正與效率、效能有著內在的聯繫，加上立法實踐的發展，兩種模式的界線正在打破，越來越多國家和地區的行政程序法採取了整合的立法價值的趨勢。從西方兩大法系行政程序法發展的總軌跡來看，經歷了一個從效率優先模式向公正優先模式的發展，但即使是美國行政程序法傳統上被標榜為公正模式的典型，實際上也並不忽視效率在行政程序法上的意義。中

國行政程序法典的制定應該順應國際行政法發展潮流，應該把公正（權利）優先、兼顧效率作為我國行政程序立法的目標模式。筆者以為：只有採用這樣的目標模式才更符合我國國情的需要，更符合社會主義市場經濟秩序建設的需要，更符合實現法治國家目標的需要。

在正確確定行政程序法目標模式的前提下，我們將著重建設行政程序中體現民主、公正、公平原則的情報公開制度、告知制度、聽證制度、諮詢制度，迴避制度、合議制度、辨明制度、說明理由制度、教示制度等；與此同時進一步完善體現效率原則的不可缺少的時效制度、緊急處置制度、排除行政障礙制度等等。

行政程序法基本原則是被認為是統率和指導行政程序法律規範的靈魂，它可以採用為成文方式和不成文方式。英國沒有成文的行政程序法典，但“自然公正”原則和“越權無效”原則則是貫穿英國行政程序法律規範的靈魂；美國雖有統一的聯邦行政程序法典，但其“正當法律程序”原則作為憲法原則通過一系列行政程序制度表現出來，在行政程序法典中並無直接、明確的規定。而目前採用行政程序成文法典的相當一部分國家和地區，則樂於採用直接規定行政程序法基本原則的方式，例如西班牙 1858 年《行政程序法》對行政行為的一般規則規定為“行政行為應根據經濟、速度、效率之規則進行。”葡萄牙《行政程序法典》確立了十項與行政程序有關的行政基本原則，即合法性原則、謀求公益與保護公民權益兼顧原則、平等及適當原則、公正與無私原則、行政當局與私人合作原則、參與原則、作出決定原則，非官僚化及效率原則、無償原則、訴諸司法機關原則。我國台灣地區 1990 年推出的《行政程序法（草案）》明確規定了行政程序法五項原則，它們是：依法行政原則、明確性原則、平等原則、比例原則、誠信原則。另外，台灣地區學者熱衷於討論與歸納這些基本原則。如羅傳賢先生在其著作中提出了法律優位原則、法律保留原則、明確性原則、平等原則、比例原則、誠實信用原則、信賴保護原則和應予衡量原則等。<sup>5</sup>

筆者認為：學者們探討行政程序法基本原則有積極意義，而成文法典中採用簡潔明確的基本原則的規定更有其重要作用。這適合我國立法習慣，因為行政程序法基本原則

---

<sup>5</sup> 同（4）第 57-67 頁。

的成文規定，有利於憲法精神的充分發揮與落實，有利於行政機關工作人員對行政程序法精髓的把握，有利於人民法院對行政程序的司法審查，並有利於廣大人民行政程序法律意識的提高以及他們對自己程序權利的維護。

（三）從整理現有行政程序法規範和總結已有行政程序法制化經驗出發，分塊進行行政程序立法，在取得階段性立法成果基礎上再創制統一的行政程序法典。為此，必須充分發揮行政法學者在立法中的作用，全面研究行政組織法、行政行為法和監督行政法，做好行政程序法典化的前期準備工作

美國《聯邦行政程序法》制定過程中十分注意政府公報報告和法令匯編制度，為立法作資料準備。該法之形成亦並非一氣呵成，而是採取成熟一個、制定一個，並不斷納入法典的方法。1946年行政程序法典主要包括行政立法、行政裁決和司法審查三部分，1966年《資訊自由法》制定完成，就納入行政程序法典並編入聯邦法典，以後1974年的《隱私權法》和1976年的《陽光下政府法》也前後納入行政程序法中。這是一種做法。

我國行政法學家應松年教授提出：“行政程序法的立法畢竟是一項巨大的工程，立即動手制定一部分包括各方面內容的全面系統的行政程序法，準備工作尚嫌不足，因此，是否可以化整為零，各個擊破”。他主張可以先完善行政立法的程序和行政執法的程序，逐步積累經驗，採取一條穩步前進的途徑。<sup>6</sup>目前我國立法部門正是這樣做的，例如最近關於《立法法》的起草，就關係到行政立法的程序。局部的突破和成功會有助於整個行政程序法的制定，這是整個系統工程的前奏和組成部分。

但筆者認為：在“各個擊破”的同時，仍可同時進行行政程序法典的起草工作。制定行政程序法典的最大困難在於對行政程序法的內容和立法結構作出完善安排，對該法典的調整範圍作出合理的界定，並對行政程序作出科學的分類。而研究這些問題又同行政行為的研究及整個行政法的研究不可分割，這就是說，如果缺乏對行政行為進行全面的研究，沒有對行政實體法的深入研究，就不可能對行政程序有正確的認識。台灣行政法學者葉俊榮曾把行政程序法典化按其程序劃分為四類，第一種是最完全的法典化，即

---

<sup>6</sup> 見《關於行政程序立法的幾個問題》一文，載《行政程序法研究》一書，第12頁。



針對所有行政權的行使，不論是實體或程序事項，均通過法律內部結構的安排，統一規定於一部法律，但這只能是一種理想。第二種即對行政程序作最完全的法典化，使凡行政事項的程序，均一體適用該法，這仍是一種理想而已；第三種做法是拋棄對全部行政行為規範的立法意圖，僅就行政行為共同適用部分，包括實體與程序在內，進行總體立法；第四種即針對幾種最主要行政行為，僅就行政程序作最低限度的法典化，即框架立法。目前各國各地區一般實行後兩種立法。<sup>7</sup>

由於中國法律受大陸法系行政法影響較大，中國行政程序法典化似宜採用總體立法模式。同時，中國行政程序法不可能與行政實體法完全剝離。特別是行政程序法的運離不開行政機構的科學設置，它還應該包括內部行政程序的完善，涉及到行政授權、管轄等許多問題，這些規定將同行政組織法同步完善，不可分割。

當前我國對行政行為的研究還剛屬初級階段，對行政行為的現狀與分類研究還十分膚淺，對與行政行為相關的行政程序更缺乏有理論深度的概括，因此許多問題還沒有真正解決，例如法定行政程序中“法”的外延應如何界定，至今未有定論。一種觀點認為：“法律、法規規定了的即為法定程序，行政機關必須遵循。法律、法規未規定即意味著立法機關（包括行政立法機關）賦予行政執法機關自由裁量權。”另一種觀點認為，這裡的“法”除法律、法規外，不應排除規章，因為中國目前實際情況來看，行政主體所遵循的法定行政程序，大多數由規章設定的。又如，對外部具體法定程序採用合法性審查標準已不容置疑，但是外部具體法定行政程序是否可以採用合理性標準，仍有分歧意見。一種觀點認為，行政訴訟法第 54 條第 1 款內規定“行政處罰顯失公正的，可以判決變更”，一般人均以此作為法院對具體行政行為進行合理性審查的法律依據，“顯失公平”的行政處罰僅指實體上的而非程序上的不公平。另一種觀點認為，任何行政行為都是由實體和程序兩大部分內容所構成，合理性標準至少在對行政處罰法定行政程序進行司法審查時應當適用的一個標準，如行政機關在處罰時，選擇程序時顯失公正，亦應作出變更其程序的判決。諸如此類問題還有很多，需要我們從理論上探討清楚，只有理論成熟，才能在立法上作出明確規定。正如伯爾曼所言：“法律制度是一個

---

<sup>7</sup> 見台灣《當代公法理論》一書中《轉型時期的程序立法》一文。

結構化安排的制度”，而這種制度只有通過理論辯析和闡述才能“變得概念化和系統化並由此得到改造，如果不這樣，法律制度將彼此分立，不能被組織起來。”<sup>8</sup>

（四）行政程序法典化工作應體現實事求是、循序漸進原則，在堅持追求理想目標模式前提下有步驟地進行

中國行政程序法典化應堅持理想的價值目標，使民主與效率相協調，使公正優先、兼顧效率原則充分體現，這是方向。但也要防止目標過於理想化的偏頗。無論是行政機關的行政程序自我控制還是司法機關對行政機關活動（包括程序要求）的控制都應該實事求是，並應留給行政機關自由裁量的合法空間和自由度，要充分保護行政機關活動適合社會需要和符合管理目標的適應性、靈活性。即使是已實現行政程序法典化的國家，其法典的具體規定也為適應社會形勢發展而不斷作修改和補充。

根據實事求是、循序漸進的原則，筆者認為，應注意以下各個方面：

1. 對行政程序司法化程度和司法審查程序提出切合國情的具體要求。筆者認為：根據目前中國經濟文化發展水平，中國廣大民眾的法制意識水平，特別是政府工作人員的法律素質和業務水平，一方面應充分宣傳和加強對行政程序重要性的認識，並開始在行政執法中推行包括《行政處罰法》在內的行政程序制度，另一方面則注意給予行政程序必要的靈活性，對行政程序的司法化要求不能過高、過急，與此相關的對行政程序的司法審查範圍也應合理地確定。

2. 應高度重視人民法院的行政審判經驗，特別是從行政案例中積累有關審查行政程序合法性的經驗。從國外行政程序法典化中可借鑑有關經驗，如奧地利 1925 年就有《一般行政程序法》，其內容是將近五十年中該國行政法院有關的行政程序判例成文化；德國行政程序化的基本原則多半是法官基於憲法的法治國原理，通過判決發展而成，例如行政程序當事人聽證請求權、行政決定必須附理由原則等都是這樣產生的；在日本，聽證程序確定適用範圍的原則就是由判例確定的。

---

<sup>8</sup> [美]伯爾曼：《法律與革命——西方法律傳統的形成》一書，第 6 頁，第 10 頁，中國大百科全書出版社出版。

3. 要充分考慮到行政程序法典化的經濟社會效益。行政程序法的立法設計，要求資訊公開和建立公民參與機制，這些都會使行政機關行政成本提高，即可能加重政府的財政開支和負擔，因此程序保障程度應考慮到程序設計所付出的成本。美國芝加哥大學著名教授波斯納曾提出過經濟效益主義程序理論，認為法律程序在運作過程中會耗費大量的經濟資源，因此應當最大限度地減少這種經濟資源的耗費。美國最高法院在判例中也以利益衡量（interest balancing）的方式判斷程序是否“正當”，並提出了三個衡量的標準，其中一個標準就是考慮設置程序負擔對政府職能造成的影響。我國行政程序法既要考慮到程序成本，即行政機關的行政開支和行政相對人的精力、物力耗費，還要考慮其程序效益，即程序運作會產生的社會經濟效益。科學的合理的行政程序能以最小行政成本和最低的資源耗費達到最大的社會經濟效益。因此，行政程序法典化過程的每一重要步驟都要由實際部門和專家結合對立法影響和效益作出正確評估，在這方面，我們過去往往缺少認真考慮，但今後は必須加強的。

（四）抓緊收集各國、各地區行政程序法典立法資料，開展比較研究，進行立法經驗交流，取人之長，補己之短，為後來居上創造條件

各國、各地區行政程序法制定過程中都有一個相互借鑑和學習的過程。1885年奧地利關於制定行政程序法的議案對西班牙制定行政程序法典有很大影響；第二次世界大戰後，意大利行政程序立法又受西班牙行政程序法的很大的影響。美國行政程序立法過程中曾借鑑大陸法系國家有關經驗等等。我國台灣地區行政程序法草案就是在廣泛收集外國行政程序法最新資料基礎上進行的，他們還派學者實地考察日本、英國、德國、韓國、匈牙利、土耳其等國，獲得寶貴意見和資料。在考察過程中，發現有些國家行政程序立法非常注重審判人員司法實務經驗的提煉，把法官們在辦案過程中特別涉及行政程序合法性審查中積累的成功經驗以立法方式加以明確。對此經驗台灣地區十分重視並引進，對台灣地區行政程序法典起草工作提供了幫助。

當前是中國行政法發展的最好時期，中國行政法學者將虛懷若谷，借鑑國外有益經驗，並尊重實踐，與實際部門攜手合作，爭取在二十一世紀初使中國行政程序法典成功出台。這將成為中國實現社會主義法治國家的一個重要標誌。