

2012年第6集

总第56集

本刊特稿

论行政程序正当性之司法审查

江必新

在北京法院行政争议实质性解决经验交流座谈会上的讲话

吉罗洪

打造吉林特色 建设行政审判文化

吕岩峰

司法文件解读

统一申诉再审分工 提高服判息诉率

——对行政案件申诉再审分工通知的解读

郭修江

行政诉讼理论

论行政判决对民法规范的类推适用

徐军 江厚良

行政审判实务

《行政诉讼法》修改应关注十大问题

李广宇 王振宇 梁凤云

调查与研究

甘肃省依法行政和行政审判相关问题调查报告

甘肃省人民政府

甘肃省高级人民法院

争鸣

《国有土地上房屋征收与补偿条例》中房屋征收补偿协议若干问题研究

田晓彩

域外撷英

瑞典行政法院制度

马良骥

Administrative Action and Administrative Litigation

行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



013068345

D922.104

32

V56

2012年第56期

第56期

行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院行政审判庭 编

主 编 江必新 贺 荣
编 委 赵大光 李广宇 王振宇 续文钢
蔡小雪 马永欣 郭修江 于 泓
执行编辑 梁风云



北航

C1676037

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D922.104
32
V56

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与行政审判. 2012 年. 第 6 集: 总第 56 集 /
中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编. —北京:
中国法制出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3419 - 5

I. ①行… II. ①中… III. ①行政执法 - 中国 - 丛刊
②行政诉讼 - 审判 - 中国 - 丛刊 IV. ①D922. 11 - 55
②D925. 318. 2 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 097705 号

责任编辑 周琼妮 (zqn-zqn@126. com)

封面设计 蒋 怡

行政执法与行政审判 2012 年第 6 集 (总第 56 集)

XINGZHENG ZHIFA YU XINGZHENG SHENPAN

主编/江必新、贺荣

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 980 毫米 16

版次/2013 年 8 月第 1 版

印张/13. 25 字数/229 千

2013 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3419 - 5

定价: 40. 00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

《行政执法与行政审判》(2013年,总第57-62集)征订单

江必新 贺荣/主编 最高人民法院行政审判庭/编

作为最高人民法院针对行政审判的唯一指导性的综合出版物,本丛书及时刊登行政审判的最新司法解释、司法文件、司法政策及解读,具有典型和指导意义的审判案例及分析,行政执法和行政审判的调研信息及成果等内容,设有“最新司法文件”、“最新司法解释”、“司法解释理解与适用”、“行政诉讼理论”、“行政审判实务”、“调查与研究”、“疑难案例评析”、“行政审判动态”、“域外撷英”等栏目,每辑20万字左右。丛书对各级法院行政审判工作具有权威的指导作用,对各级行政机关依法行政和行政法、行政管理专业的专家学者具有较强的参考作用。

本丛书自出版以来,受到了全国各地法院行政审判法官、行政执法人员和专家学者的普遍欢迎和好评。自2010年起,由中国法制出版社全面负责丛书的出版发行工作,我们会按期及时发送,也可向各地新华书店、法律专业书店购买。

欢迎继续订购丛书2012年(总第51-56集)(40元/册,总定价240元)。

书名	《行政执法与行政审判》(2013年,总第57—62集)
定价	40元/册 总定价240元
订购套数和总额	
汇款方式	
发票抬头	
联系人 and 电话	
联系地址	(请注明邮编)

中国法制出版社联系方式:

张晓燕, 电话: 010-66037206, 传真: 010-66031119

信汇: 开户行: 兴业银行北京西单支行, 行号: 309100003157

账号: 321060100100008712, 户名: 中国法制出版社

邮汇: 地址: 北京市西单横二条2号(华恒大厦5层), 邮编: 100031

收款人: 中国法制出版社



《中国行政审判案例》(2012年,第5、6卷)征订单

最高人民法院行政审判庭 编

为了落实《二〇一〇年人民法院行政审判工作要点》中关于积极推进案例指导制度的要求,最高人民法院行政审判庭从2010年起推出《中国行政审判案例》系列图书。本丛书是人民法院行政审判工作的权威参考用书,拟每年刊印两卷。最高人民法院副院长江必新、最高人民法院审判委员会专职委员贺荣担任本书主编,最高人民法院行政审判庭庭长、副院长、审判长和各高级人民法院分管副院长组成编委会。

入选的案例均系全国范围内具有规则意义的典型案例,由各地办案水平较高、审判经验丰富的法官采集和编写,并经过通讯编辑、责任编辑、编辑部、最高人民法院行政审判庭审判长联席会以及编委会层层把关,确保案例的权威性。

本丛书是行政审判法官的必备工作用书,对于明确法律适用标准,统一行政裁判尺度,提高行政审判质量,能起到重要的指导作用。本书也可为各级各类行政机关依法行政、依法应诉提供有益参考,还可为公民、法人和其他组织及其代理律师依法维权提供指引。

本丛书由中国法制出版社出版发行,第3、4卷已出,欢迎继续订购(每卷49元,总定价98元)。

书名和定价	《中国行政审判案例》(2012年,第5、6卷) 每卷49元,总定价98元
订购册数	
总额和汇款方式	
发票抬头	
联系人 and 电话	
联系地址	(请注明邮编)

中国法制出版社联系方式:

张晓燕,电话:010-66037206,传真:010-66031119

信汇:开户行:兴业银行北京西单支行,行号:309100003157

账号:321060100100008712,户名:中国法制出版社

邮汇:地址:北京市西单横二条2号(华恒大厦5层),邮编:100031

地址:中国法制出版社



北航

C1676037

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

行政执法与行政审判（总第56集）目录

【本刊特稿】

- 1 论行政程序正当性之司法审查 江必新
- 26 在北京法院行政争议实质性解决经验交流座谈会上的讲话 吉罗洪
- 32 打造吉林特色 建设行政审判文化 吕岩峰

【司法文件解读】

- 38 统一申诉再审分工 提高服判息诉率
——对行政案件申诉再审分工通知的解读 郭修江

【行政诉讼理论】

- 49 论行政判决对民法规范的类推适用 徐 军 江厚良

【行政审判实务】

- 58 《行政诉讼法》修改应关注十大问题 李广宇 王振宇 梁凤云
- 67 行政机关职权行为的可处罚性分析 危辉星 黄金富
- 71 突发疾病死亡的工伤认定问题研究 杨科雄
- 79 驳回行政复议申请决定之司法审查路径探析 孔令媛

【调查与研究】

- 85 甘肃省依法行政和行政审判相关问题调查报告
甘肃省人民政府 甘肃省高级人民法院
- 102 关于全省法院非诉行政执行案件司法审查情况的调研
浙江省高级人民法院
- 127 从截流到疏导：对金华法院非诉行政案件执行情况的调研
与思考
——兼论非诉行政案件执行分工负责机制的构建
金华市中级人民法院
- 152 《行政强制法》施行后非诉行政执行案件司法审查的调研
——对鹿城区法院非诉行政执行案件实践的考察分析
温州市鹿城区人民法院行政审判庭

【争 鸣】

- 162 《国有土地上房屋征收与补偿条例》中房屋征收补偿协议
若干问题研究

田晓彩

【疑难案例评析】

- 168 政府信息公开的申请形式

——姚运达等诉深圳市规划和国土资源委员会案的评析

李广宇

- 173 房屋登记案件中民事争议处理期间的合理扣除

——龚生发诉北京市住房和城乡建设委员会房屋

权属登记行为案

周 竟 张 杰

- 181 潘龙泉诉新沂市公安局治安行政处罚案评析

祁贵明 刘 红

- 186 国家赔偿中精神损害抚慰金数额的确定

佚名

【行政审判动态】

- 191 四川高院、住房和城乡建设厅下发行政纠纷综合协调机制的意见

【域外撷英】

- 195 瑞典行政法院制度

马良骥

【本刊特稿】

论行政程序正当性之司法审查

最高人民法院副院长 江必新

现代行政法治的重要标志之一就是完善的行政程序制度。行政程序制度作为行政法的重要组成部分,在法治建设中的重大作用被中外学者反复强调。^①“行政程序”是行政权力运行的步骤、顺序、方式、时限等要素的集合,是一个不含任何价值取向的中性概念,但当其成为立法者需借助法律加以规制的内容,成为行政机关自我约束和规范的要素,成为司法机关审查的对象时,则必然融入各类主体的价值判断和标准设定。多年来,行政程序的“正当性”是学术界、实务界时常讨论的共同话题,是中外研究者相互交流借鉴的重要理论载体。那么,由法院对行政程序进行正当性审查是否可行?如何看待程序正当性司法审查的依据和路径?如何认识程序正当性司法审查的原则和标准?如何把握司法审查的限度和强度?本文拟围绕上述问题展开分析。

一、程序正当性司法审查的必要性与可得性

本文探讨之行政程序正当性,是相对于合法性而言的。作为司法审查的对象,行政程序是行政行为在时空维度中所展现出的样态,无论行政行为以何种方式表现出来,这种规则、要素连同行政行为本身都可以成为司法审查的对象,故行政程序是司法审查的内容之一;就司法审查标准而言,除了程序的合法性之外,程序的正当性是本文研讨重点,其作用在于以此为标准评价和考察某一行政程序是否合乎理性、是否能被司法认可等,故正当性是司法审查的判断标准之一。但在用语上,要避免对一些习惯性表述产生理解上

^① 如美国学者施瓦茨认为“行政法更多的是关于程序和补救的法,而不是实体法”([美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第3页);美国最高法院大法官F·福兰克弗特认为“自由的历史基本上是奉行程序保障的历史”(转引自季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第11页);本文认为,一部制定良好的行政程序法,胜过十部甚至几十部实体法,尤其是在社会关系急剧变动的社会转型期。良好的行政程序至少具有九大功能:行为引导、品质改善、正义实现、民主参与、权力制约、意志统一、利益平衡、权利救济和责任追究(详见申欣然:“行政程序立法时机已经成熟——专访最高人民法院副院长江必新”,载《中国新闻周刊》2010年5月13日)。

的歧义,如同“行政行为合法性审查”并不意味着审查对象就是“行政行为合法性”,本文所使用的“程序正当性审查”并不意味着“程序正当性”本身就是司法审查对象,而是以此为标准对行政程序作出审查(或解释为对行政程序进行正当性审查)。在有关行政行为司法审查领域,传统的英美法系和大陆法系行政法理论往往强调在正当性与合法性之间有着不可逾越的鸿沟,法院对行政行为包括行政程序只能进行合法性审查,而不能进行正当性或合理性判断。行政行为包括行政程序是否正当或合理,通常被认为只适宜于由行政主体自身或行政系统内部作出判断,对提出异议的行政相对人提供救济的方式也只限于行政复议、行政裁决、行政调解等行政手段。司法审查不能判断行政行为的正当性或合理性,对实体处理和行政程序的监督都是如此。本文提出的命题是,程序的正当性有别于合法性,有着发挥自身作用的独特价值;法院对程序进行正当性审查,不仅是必要的,也是可行的。

(一) 程序正当性与合法性的关系

行政程序的正当性常常被置于“正当程序”(Due Process)或“正当法律程序”(Due Process of Law)的语境中加以讨论。其意义在于确立某种价值基础,使得行政程序具有支撑其自身存在的“精神内核”,具有充分的正义含量和高度的合理性,体现出对人们主体性的尊重与关怀以及人们对行政过程乃至结果的认可与信任,否则,行政程序有可能沦为推行行政强权的工具。至于本文讨论的行政程序的合法性,其意义在于判断某种行政程序是否违背了成文法的明确规定。程序不正当往往表现为程序自由裁量权的滥用,而程序违法往往表现为程序越权、程序错位、程序缺失、主体不适格等等。

行政程序的正当性是一个难以准确界定的蕴含着主观色彩和道德评价的概念。从语义上分析,“正当”一词通常在两种意义上使用:一是相对于合法性而言的正当——所谓合法的不一定正当,正当的不一定合法,即是在这种意义上使用的;二是指人的行为、要求、愿望等的合法性与合理性,^①即正当性包括合法性与合理性。而本文所言程序的“正当性”,是在第一种意义上使用的。在严格意义上它缺乏固定的内涵,具有高度灵活性,是一项与时间、地点、场合等因素密切相关且不断进化的概念。“过去的原则将在未来的经验下重新受到评判”。^②但这并不意味着,有关这一概念或范畴的各种主张无法达成共识,无法形成被人们普遍认可的有效标准。否认这一点即否认世界具有客观性、同一性,容易滑向相对主义和虚无主义的泥潭。本文认为,程序正当性与合法性的关系主要通过三个方面加以体现:

首先,正当性与合法性在价值上需要互补。这种互补性体现在:(1)合法性应当以正当性为基础。程序正当性不仅关注程序是否合理适当,更关注

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1738页。

^② 张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第221、226页。

程序是否能够体现公平正义,公平正义观念也正是程序合法性的根本价值基础。(2)合法性应当充分体现正当性。“合法性”有“形式合法”、“实质合法”之分,程序合法性不仅是形式合法,更要体现实质合法,尽可能彰显程序中蕴含的正义价值。从一定意义上讲,正当性概念高于法定性,它试图从自然法或应然法的角度,不断形成某种社会所公认的核心价值体系,以此评价行政程序是否正当、合法、有效。因此,当行政程序法上的有关规定存在疑问时,正当程序是正确解释法定程序的最好向导。^①(3)正当性是检验、衡量法定程序的重要标志。正当程序是一种“高级法”(the highest law)。在有的国家,当法定程序严重偏离正当性时,有权机关可以用正当性即社会所公认的程序价值去否认其适用效力。(4)正当性是弥补合法性不足的重要依据。当遇到法定程序本身有缺陷或规定不明确等情况时,可借助正当性这一分析工具对行政程序中的自由裁量行为作出解释。(5)正当性是发展法定程序的重要“准星”。当法定程序偏离正当性的时候,立法者应当根据正当性的标准和要求对法定程序进行修改和完善。

其次,正当性需要借助合法性来获得人们一体遵循的效力。对于何为正当性,每个人、每个群体不同时期都可能有不同的认识和看法。在法治国家中,正当性要是具有制度价值和实践指导意义,通常要通过法律规范来表达,使评价和判断标准具有确定性。重视形成这种确定性的原因在于:一定的正当性只有在多数人认可的情况下才能成为“公意”,才具有实现的可能性;正当性只有表现为法律才会使行政主体和相对人的行为具有可预见性;只有将正当性上升为法律,才具有执行效力,也才能更好地体现对社会的引导作用;^②任何个人不能凭借自己所主张的正当性而否定法律的效力,法律的效力只能通过合法的程序(如违宪审查)才能否定。

再者,不同国家、地区的法律有关正当性与合法性规定形式多样。多数成文法国家的法律都规定了程序“合法性”原则,同时,有的还直接规定“正当法律程序”或以其他方式为“正当性”设定空间。在中国大陆,“违反法定程序”本身是行政行为合法性的法定判断标准之一,法律同时也将“滥用职权”、“显失公正”作为法院判决的理由;^③在澳门特别行政区,《行政程序法典》除规定合法性原则外,还规定了谋求公共利益及保护公民权益原则、

① 刘东亮:“什么是正当法律程序”,载《中国法学》2010年第4期。

② 德国学者哈贝马斯认为,正当性能够合法化。参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:行政合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第13页。

③ 《行政诉讼法》第五十四条第(二)项规定了“具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为”,其中情形之一为“滥用职权的”;该条第(四)项规定了“行政处罚显失公正的,可以判决变更”。本文认为,“滥用职权”、“显失公正”均缺乏明确的判断标准,存在较大的主观性,与本文所指的“合法性”并不一致,可归结为行政行为缺乏“正当性”的表现情形。中国目前事实上已形成以合法性审查为主、以正当性审查为辅的司法审查格局。每年都有一些行政行为因“滥用职权”、“显失公正”事而被撤销或变更。

平等与适度原则、公正无私原则、参与原则等，后者自然也涉及到对正当性的判断。^①

（二）对行政程序进行正当性司法审查具有必要性和可得性

程序正当性能否成为司法审查的判断标准？在西方国家，这一命题经过了曲折的变化过程。西方国家在早期奉行“规则统治”的严格法治主义理念，主张对自由裁量权加以排斥，如哈耶克认为“法治原则意味着行政当局不当拥有任何自由裁量权”。^②相应地强调司法机关只对程序实行合法性审查，不介入正当性审查，对正当性问题主张通过行政机关自身来解决。而随着行政自由裁量权的扩张和滥用，许多成文法无法解决的问题越来越多地摆在法院面前，对程序实行正当性审查尽管在一定程度上被一些国家的法院所接受，但大都持一种非常谨慎的态度，一般认为只有当不正当达到“极端”的程度（此时已变成违法问题）时，法院才可以审查，均不敢公开宣称法院对正当性可以进行审查。目前在中国大陆，仍然有相当一些人倾向于法院只能对行政程序实行合法性审查，而不能实行正当性审查，主要理由在三个方面：一是司法机关的正当性审查意味着以司法权变相取代行政权；二是法官在专门领域的纠偏能力不长于行政人员，实行正当性审查将导致司法裁量权的滥用，并降低司法的可预期程度；三是司法过程相对于行政过程而言周期长、成本高、效率低，实行正当性审查将耗费国家成本，增大当事人负担，抑制行政机关主观能动性，导致行政机关的“消极行政”。^③本文认为，在今天正当性已经构成行政程序不可或缺的价值基础，除行政机关可判断程序正当性外，法院也可对此作出判断，这种审查具有必要性和可得性。主要理由是：

1. 确保程序正当是行政主体之法律义务。行政行为不仅表象上要有合法性，更要在结果上具有合目的性、合正义性，正当性是两者之间的连接点，是衡量行政法治发展水平极为重要的标准。在现代社会，行政权的不断扩张对依法行政构成严重威胁，法院如果只固守传统的合法性要求就可能降低行政法治水平，就可能对滥用自由裁量权的问题鞭长莫及，因此在二战以后，强调实质理性和正义、重视良法为治，成为不少国家的主流法治意识形态，^④

① 杨海坤：“《澳门行政程序法典》对我国大陆立法的借鉴意义”，载《法学》1996年第11期。此外，该法典一些条文还直接对“正当性”作出规定，如第138条第1款规定：“除非公共行政当局之机关预先作出行政行为，使得引致私人之权或受法律保护之利益受限制之事实行为或事实行动具有正当性，否则不得作出任何该等事实行为或事实行动，但紧急避险之情况除外。”

② 转引自王锡锌：“自由裁量基准：技术的创新还是误用”，载《法学研究》2008年第5期。

③ 参见卜晓虹：“行政合理性原则在行政诉讼中之实然状况与应然构造”，载《法律适用》2006年第1期；崔卓兰、刘福元：“论行政裁量权的内部控制”，载《中国法学》2009年第4期。

④ 江必新：《行政法治的基本类型》，北京大学出版社2005年版，第184页。

而对行政程序的要求，也突破了合法性窠臼，将正当性亦提升至法律义务高度，对行政程序进行正当性审查据此而有法理根基。

2. 自由裁量权不仅应当而且可以规范。程序正当性问题主要出现在自由裁量领域。传统的行政法理论过分突出行政自由裁量权的专业性、特殊性或技术性，并以此为由排除司法审查。现代行政法主张，自由裁量权不是任性的、不可捉摸的权力，它是可限制、可评价、可衡量的。美国大法官威廉·道格拉斯认为：“如果我们不对行政行为所要求的专业知识进行严格和精心的限制，其自由裁量权没有任何实际限制的现代政府的力量将变成一头怪物。绝对的裁量就像腐败一样，标志着自由终结的开始”，^①“正是程序决定了法治和恣意的人治之间的基本区别”。^②不少西方国家基于权力分立原则和法院所肩负的特殊使命，由最初司法对行政自由裁量权的放任发展到后来运用法律原则和精神对程序正当性加以规制，这个变化过程具有启示意义。

3. 在现代法治国家，自由裁量权的行使必须遵循一定的原则和规则。有原则和规则可遵行，就可以在一定程度上避免随心所欲和滥用权力。行政法治的发展史一定程度上就是不断确立原则、规则，不断控制自由裁量权的历史。而在司法中逐渐形成的平等规则、善意原则、不得反言原则、比例原则等等，对确定自由裁量权的行使标准、明晰其界限发挥了重要作用，而这些原则和规则的确定为司法机关审查行政自由裁量行为提供了可能。

4. 对程序自由裁量权进行控制易于对实体自由裁量权的控制。如果由司法机关审查行政机关实体裁量中的特定专业问题，在以正当性作为判断标准时，不仅可能面临技术性、专业性、政策性等难题，而且常常会面临“外行评价内行”的质疑。与行政机关的实体自由裁量权相比，程序自由裁量权所体现的规范内容相对单一，技术难度不会像实体裁量那么复杂，对正当性的判断标准宜于统一；而实体自由裁量权则是根据各个行政机关的不同特点，零散存在于不同规定之中，往往具有很强的技术性、政策性。因此从客观上讲，对程序自由裁量权加以规范和监督的难度远远小于对实体自由裁量权的规范和监督难度。

5. 从逻辑上讲，只有运用正当性标准审查程序裁量权，才有可能发现程序裁量权的行使是否滥用。尽管西方国家的严格法治主义理论早期不承认对自由裁量权进行审查，但认可司法机关用滥用职权的理由对行政行为进行审查，其理由是行政职权的滥用违背了法律授权的目的和意愿，干扰和破坏了法治秩序，已构成行政违法，对此法院可以进行审查。即一方面认为自由裁量权不能审查，另一方面又认为要把握住防止权力滥用的必要的底线。但从逻辑上讲，滥用自由裁量权由量变会导致质变，由不当会演变成违法。必须

① [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1993年版，第260页。

② 转引自季卫东：“法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考”，载《中国社会科学》1993年第1期。

首先认可法院有权进行正当性审查,才能有效发现和防范权力滥用。如继续主张法院无权对正当性作出判断、同时又主张要防止权力滥用,这种观点难以自圆其说。因为只有让法院的审查触角进入自由裁量领域,法院才能发现某一自由裁量权是否被滥用。中国《行政诉讼法》也明确规定人民法院可以用“滥用职权”、“显失公正”的理由撤销或变更行政行为,如果法院不去评价和判断行政程序的正当性,这些问题就无从发现,更无从解决。

6. 在程序法缺失的情况下,仅就合法性进行审查,无异于“对空放炮”。中国目前处于转型时期,尚未制定统一的行政程序法,事实上相当一些行政行为没有程序规范的约束,有些只体现在行政机关内部规定等低位阶的规范层面,即使存在一些程序规范,其正当化水平也不理想,因此,“违反法定程序”的审查理由对于无程序法控制之行为来说,实际上是“对空放炮”。如此,中国行政主体之行政程序裁量权较之于其他国家要宽泛得多,行政机关滥用程序现象并不鲜见,由此出现不少损害公民合法权益现象,而司法审查因囿于“合法性”审查而难于发挥监督作用。对行政程序裁量权进行必要的司法审查,一方面可以弥补我国程序法制不健全的缺陷,可防止行政主体程序滥用,另一方面还可以通过司法审查及判决加速我国程序法治的完善。

基于上述之理由,本文认为,“正当性”不仅有必要而且有可能成为司法审查的重要标准。^①通过此种路径,不仅可以提升行政行为的正当化水平,而且可以不断完善中国的行政程序法治体系,并与时俱进地提升行政程序正当化标准。这是推进中国行政法治发展所面临的一项重要而紧迫的任务。

二、程序正当性司法审查的依据与路径

既然程序正当性审查具有必要性、可得性,那么,要使之能够落实到现实司法实践层面,其基本依据有哪些?审查路径又应当如何展开?这些都是需要认真研究和探讨的课题。

(一) 从实定法看正当性审查的法律依据

在我国,对行政程序的正当性审查虽总体上属于待开垦领域,但并非完全是主观臆想,其法律依据主要体现于《行政诉讼法》第五十四条有关“滥用职权”和“显失公正”规定当中,由此可以推导出“正当性”能够成为对行政程序的重要评价判断标准。

首先,从文义理解上看,“滥用职权”是指行政机关作出的具体行政行为

^① 据有的学者统计,《最高人民法院公报》1985年至2008年底公布的80多个行政典型案例中至少有11个与“违反法定程序”之审查标准有关,其中田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证等4案涉及法院运用“正当程序”理论,有的在判决中使用了“根据正当程序的要求”、“基于正当程序原理”等用语,因此得出“在没有‘法定程序’情形时,可引入正当程序之理论辅助判断”的结论。参见章剑生:“对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例(1985—2008)为例”,载《法学研究》2009年第2期。

虽然在其权限范围以内,但行政机关不正当地行使职权,不符合法律授予这种职权的目的。滥用职权通常与行政自由裁量权相联系,出现在法律无具体、详尽的规定和限制,或虽有规定但允许执行者裁量选择的场合。^①滥用职权主要指行政自由裁量权的滥用,它不仅包括实体裁量权滥用,也包括程序裁量权滥用即“程序滥用”;^②“显失公正”指行政行为虽然表面上没有违反法律、法规的强行性规定,但是与法律的目的和精神、原则相违背,并在结果上表现出明显的不公正。^③本文认为,显失公正也包含对行政行为程序正当性的评价,其本质上是滥用职权的一种表现。判断行政行为是否构成滥用职权,要从主观方面和客观方面进行综合分析。主观方面包括违反法律规定的目的、不正确的动机、不相关的考虑等,客观方面包括违反平等、公平、比例原则的结果明显不合理、显失公正等情况。事实上,一切明显不正当的行为皆可名之为滥用职权。要防止滥用职权的发生和纠正滥用职权行为,以正当性或合理性作为判断标准实属必要。滥用职权之规定在“合法性”审查的框架下为行政裁量行为的合理性审查留下了一道暗门,它赋予机械、刻板法律规范以灵魂,使法官在面对纷繁复杂的行政争议时,可以运用个人良知与制度理性,决断行政的实质正义。可见,尽管《行政诉讼法》第五条规定了人民法院“对具体行政行为是否合法进行审查”,但同时也给正当性审查预留了一定空间。“程序滥用”是“滥用职权”的重要表现形式之一,法院可以对行政程序实行正当性审查,进而引用法条中“滥用职权”的规定作出相应判决。

其次,从体系结构上看,“滥用职权”与其他可撤销的行政行为的适用情形和审查标准并不一致,不能笼统以“合法性审查”一并囊括。从《行政诉讼法》第五十四条第(二)项列举内容看,行政行为可撤销或部分撤销的五种情形是“主要证据不足”、“适用法律、法规错误”、“违反法定程序”、“超越职权”以及“滥用职权”。前四种情形在行为表现上完全可以以“合法性”标准作出判断,因为它们必然构成对其他法律规定或者本法的相关规定中有关授权性、禁止性、程序性等规定的违反,而对于第五种情形“滥用职权”则很难适用某一特定的法条考量“合法性”并进而作出判断,在体系上实际上难以归入“合法性审查”之列。一种观点认为,滥用职权本身是法定事项,违反该规定就是违法,相关审查就是合法性审查;另一种观点认为,滥用职权是在自由裁量权范围内由于不正当行使权力而造成的行政违法行为。^④本文

① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第592页。

② 本文认为,滥用职权有实体和程序上的滥用职权,用“滥用职权”概念对行政机关的程序裁量行为作出司法判断,正是正当程序用来规制程序滥用的一种手段。

③ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第593页。

④ 参见许乐:“论行政滥用职权的司法审查”,载《法制与社会》2010年第10期。

认为,审查标准是审查过程中应把握的尺度,严格意义上的“合法性审查”决非抛开审查标准与审查过程、仅以法条本身表述结果直接定义,否则言之无据,无法对“滥用职权”作出科学判断;而有关“由于不正当行使权力而造成的行政违法行为”的表述又使得判断标准与结论在逻辑上缺乏统一性(但在操作层面将“滥用职权”视为行政违法行为的一种表现亦无可不可)。如前所述,“正当性”本身具有独立价值,应当自成为与“合法性”并行的审查标准,无论对实体行为或程序行为而言,皆是如此。

再者,宪法基础性规范包含了行政程序正当性。正如有学者所指出的,有两个方面的宪法规范可以为行政程序正当性提供支持。^①一是主体参与规范。《宪法》第二条第二款规定:“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务”。这可以成为在中国部门法中确立行政听证制度的宪法规范。二是法治国家规范。宪法修正案第十三条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”。这可以成为演绎行政程序正当性在宪法规范上的逻辑起点。在法治国家中,单靠实体规则已经无法约束国家权力的行使,而法律正当程序则成为一种促进国家权力正当行使的法治力量。

(二) 从价值分析看正当性审查的法理基础

本文认为,程序“正当性”价值的作用空间是:第一,在法律对处理某一事项的程序未作规定时发挥作用。任何法律体系包括法律程序都不可避免地存在各种漏洞,要填补这些漏洞,需要正当性价值作指引。第二,在法律规定模糊时发挥作用。当法律概念或程序性规定含义不确定时,有关机关可以围绕正当性价值作出解释。第三,在法律规定本身留有自由裁量空间时发挥作用。法律通常给行政机关留有一定自由裁量余地,裁量权如何正当行使,需要作出解释。第四,在规范性文件之间相互冲突时发挥作用。当遇到各种规范性文件相互冲突和不一致的情况时,需要有关机关依据正当性价值予以说明、选择适用或作出其他处理。第五,在程序运行实践中涉及多项权利冲突或利益衡量时发挥作用。在化解权利冲突或进行利益衡量时,往往需要对程序本身是否具备正当性作出考量与判断。由于上述“正当性”价值之作用空间的存在,使得行政程序自由裁量权的行使必不可少,也使得法院对行政程序实行正当性审查具有合理性。

程序正当性审查的直接目的,在于防止程序自由裁量权的滥用。程序自由裁量权是自由裁量权的重要表现形式。之所以称之为“自由裁量”,就在于当法律没有或不可能对所有行政程序都作出详细规定或仅作出原则性规定甚至没有规定时,给予行政机关在作出行政行为时的选择余地。从西方法治发展历程看,早期的“无法律便无行政”的绝对化理念,随着福利国家理念的

^① 参见章剑生:“论行政程序正当性的宪法规范基础——以规范实证分析为视角”,载《法学论坛》2005年第4期。

兴起和政府职能的扩大已难以适应时代需要。自由裁量权在行政法中的地位日趋重要,如伯纳德·施瓦茨所言“自由裁量权是行政法的核心。行政法如果不是控制自由裁量权的法,那它是什么呢?”^①自由裁量权已逐渐成为行政权的核心组成部分,成为人们关注、警惕和要求控制的重点。司法审查无疑是防止自由裁量权滥用的重要控制手段之一。西方国家经过了几百年的经验积累,司法审查机制日趋完善成熟,对自由裁量权的控制经历了从重实体到实体与程序并重的逐步强化过程。而中国在这方面从基础理论研究到实践操作都相对滞后,这与经济社会发展和推进依法行政的要求不相适应,需要突出规制行政程序自由裁量权的主题,正确界定滥用职权、程序正当性等概念和范畴,在立法上、司法上作出实质改进。

程序正当性审查的法理基础还体现在顺应民主与法治的发展趋势。现代法治国家的典型特征在于强调宪法基本价值,强调以尊重和保障人权为出发点和最高目标。通过确立国家权力分配方式和相关原则,体现公权力之间的相互制约和监督,同时要求各种权力的行使符合民主化和法治化的要求,以防其构成对公民权利的威胁。而程序自由裁量权的滥用,将导致一部分行政行为难以通过“合法性”审查而加以有效规制,有碍于民主与法治的发展要求。就当下中国大陆发展的特点看,滥用程序裁量权已不鲜见,而且危害甚大,在司法审查中引入“正当性”标准,有利于全方位促进国家民主和法治建设的进程。

程序正当性审查有利于以新的视角、在新的领域体现法律正义,包括程序正义和实体正义。关于程序正义与实体正义的关系,本文认为,实体正义是第一性的,程序正义是第二性的。一方面,实体正义是判断程序正义的一个重要标准或者是基本的标准;另一方面,程序正义也不会必然导致实体正义,具有一定的盖然性、或然性,有些正义的程序其结果未必是公正的。通常,实体与程序的关系是多元的,不完全对等,也非完全背离。但是,随着法治的进步,行政程序越来越有其独立的存在价值。程序的直接价值体现在控制程序主体行为,保护与程序相关的利害关系人的利益,约束和防止权力滥用,实现公权力主体与国民的共治。它对于保障人权、控制权力、增进民主、防范风险、维护社会和谐稳定都具有十分重要的意义。

(三) 确保程序正当性的监督渠道

总体而言,行政程序正当性的监督渠道可分为内部监督与外部监督。内部监督主要指由上级行政机关、专门行政机构以及行政机关自身对行政程序实行审查的模式,如内部的层级报批、行政核准、行政备案、行政监察、行政复议制度等。内部监督的优势表现为专业知识的占有、行政经验、对政策问题更好

^① [美] 伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第566页。

地把握和理解等,具有内发性、专业性、同步性。^①行政内部监督在广度和强度方面,都可以对行政裁量的合理性进行系统性的控制。而且,通过行政内部控制不断积累的个案经验,可以成为指导行政裁量运行的原则或基准。^②当然,行政内部监督控制的局限,在于监督机构中立性可能存在的匮乏。因此,许多国家行政系统内部设立专业化的、相对独立的审查机构和人员,是一条必要且可行的路径。在英国,行政裁判所对行政程序的审查富有特色。在中国大陆,行政监察、行政复议、审计监督等制度也具有鲜明的本国特色。

外部监督主要指由行政机关以外的其他机关对行政程序实行审查的模式。^③世界上绝大多数国家都有议会审查制度、司法审查制度等。就议会审查而言,许多国家法律规定了政府重大决策须获得议会议员半数以上投票同意才可实施,美国国会参众两院有权就特定事项成立专门的调查委员会,瑞典等北欧国家的议会还设立了独立的监督专员,中国各级人大及其常委会有对相应的行政规范性文件的备案审查权等。外部监督的另一种重要形式即是司法审查,即由法院审查行政程序的正当性,如英美国家普通法院可审查政府行政行为,大陆法系国家有专门的行政诉讼制度,中国的各级法院针对具体行政行为具有法定的行政审判权。在司法审查模式划分上,英国大法官康尼沃斯爵士(Carnwath)概括为以下四种:一是大陆法系审查模式(法国等),设置独立的行政法院,有专门诉讼程序;二是普通法系审查模式(英国等),未设置独立的行政法院,无专门诉讼程序,但常设专门法庭;三是混合审查模式(南非、塞浦路斯等),兼具前两种模式特点;四是独立审查模式(挪威等),未设独立行政法院,有专门诉讼程序,由普通法院审查行政行为。^④中国大陆目前采取的是第四种模式。

通常,无论何种监督模式,对程序合法性监督的标准相对统一,但对于程序正当性监督的标准则多种多样。内部监督较之于外部监督,在判断某种程序是否“正当”问题上,审查范围更广,审查强度更大。但是,从实现权

① “内发性”指控制裁量权的愿望是从行政机关及行政人员自身生发出来的,并通过行政系统内部的一系列机制来具体实现的;“专业性”指行政机关通常能够清楚地了解行政事务中的专业性问题,而专业问题中的自由裁量事项也能得到更为科学合理的解决;“同步性”指行政控制是与行政行为同步发生的,事前性的立法和事后性的司法就不可能完全取代行政机关来对行政自由裁量权进行控制。参见崔卓兰、刘福元:“论行政裁量权的内部控制”,载《中国法学》2009年第4期。

② 参见王锡锌:“自由裁量基准:技术的创新还是误用”,载《法学研究》2008年第5期。

③ 此处的外部监督是狭义的外部监督。从广义上讲,对行政程序正当性的外部监督渠道还包括新闻媒体的舆论监督、社会团体监督、公民监督等,但这些监督都不是权力性监督,本文未作讨论。

④ See Committee Meeting 1: Jurisdictional Competency, Report by Lord Justice Carnwath, UK, at 10th Congress of the International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, March 7th, 2010, Sydney, Australia.