

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

章剑生*

内容提要：学理上，对“法定程序”之解释有“法律、法规规定说”、“法律、法规和规章规定说”、“法律、法规、规章和宪法规定说”和“重要程序说”等四种学说，对违反法定程序之行政行为的法律效果，也存在着上“无效说”、“撤销说”和“区别说”等三种观点。最高人民法院公报上公布的有关违反法定程序的典型案例中，判决理由及判决主文与行政诉讼法的规定和学理解释之间存在着较大的差异。结合学理和司法实践，可以认为：法律、法规和规章规定的程序为“法定程序”；在没有“法定程序”情形时，法院可以引入正当程序辅助判断之。认定行政行为违反法定程序之后，法院应当主要考虑“是否损害行政相对人实体法上的合法权益”之因素，区分不同情形分别作出撤销判决、确认判决和驳回诉讼请求判决。

关键词：法定程序 正当程序 行政诉讼

1989年行政诉讼法将具体行政行为“违反法定程序”列为法院作出撤销判决的法定理由之一，对于具有浓厚法律实用主义传统的中国来说，它的法治意义非同小可。在同年10月份全国人大常委会通过的集会游行示威法中，行政行为说明理由制度获得了立法确认，可以看作是现代行政程序的法律价值再次获得法律认可的标志。^{〔1〕}1996年行政处罚法第3条明确规定，违反法定程序的行政处罚决定无效，它确立的行政处罚听证制度更引人注目。1999年行政复议法将行政复议条例规定撤销被申请的具体行政行为情形之一的“违反法定程序，影响申请人合法权益”，改为被申请的具体行政行为只要“违反法定程序”，复议机关就可以作出撤销或者确认违法的复议决定。这种立法上的变化似乎可以解读为认识上对“法定程序”所发生的一次质变。2004年国务院在《全面推进依法行政实施纲要》中，将“程序正当”作为依法行政的基本要求之一，进一步抬高了“行政程序”在依法行政中的地位。

就现行有效的法律、法规和规章而言，对于行政行为的程序性规范密度并不低，行政行为违反法定程序的法律后果在法律规范上也是相当明确的。但是，在实务中行政行为违反法定程序是

* 浙江大学光华法学院教授。

〔1〕《中华人民共和国集会游行示威法》第9条规定：“主管机关接到集会、游行、示威申请书后，应当在申请举行日期的二日前，将许可或者不许可的决定书面通知其负责人。不许可的，应当说明理由。逾期不通知的，视为许可。”

不是当然产生这样的法律后果呢？笔者认为答案是否定的。即使是在行政法学理论上，我们也可以看到这样的迟疑：“（1）对法律、法规和具有法律效力的规章未作规范的任意性程序，行政机关则具有一定的自由裁量权，行政机关可以根据实际情形和需要选择其认为最适当的程序手续。这种选择只要不违反行政程序的基本原则，即不影响该行为的法律效力。行政相对人如对行政机关这种自由选择的程序的异议，以此要求法院撤销相应的具体行政行为，法院一般不能满足相对人的要求。（2）对行政程序中轻微的瑕疵现象，一般不作违反法定程序处理。如具体行政行为缺少次要证据；能补充的可责令行政机关予以补充，不能补充的提出司法建议。（3）对行政程序混乱，违反法定的、不可改变顺序的，可判决撤销并责令行政机关依正确顺序重新处理。”〔2〕可见，对于行政行为违反法定程序是否撤销或确认违法，学理上也并没有完全接受当下法律规范上的规定。

违反法定程序之行政行为，必须匹配一个以上的法律效果，以此作为一种驱使行政机关遵守法定程序的保障性机制。对于违反实体和程序规定的行政行为在法律效力上是否需要作区别对待，取决于人们对法律程序价值的认知及其认识的程度高低。不过，一个极其重要的因素必须纳入考虑的范围，那就是行政相对人提起行政诉讼的目的是实体法上权利的实现，还是程序法上的权利满足，或者两者兼而有之？若是两者兼而有之，则两者发生冲突时又究竟作如何选择？另一个也不能轻视的因素是，对违反法定程序的行政行为作出处理结论，是引导行政机关重视还是轻视行政程序的价值？如果行政行为违反法定程序并不当然导致行政行为被撤销或者无效，而是给行政机关一个修补行政程序的机会，甚至无关行政行为是否有效，那么“行政便宜主义”是否会使得现代行政程序的法律价值失落于行政行为的补正、转换以及行政诉讼的确认判决之中呢？

依法行政原理之下，违反法定程序的行政行为没有生存的合法空间，这个以“依法行政原理”为前提所获得的命题在逻辑上并无问题。但是，这个命题在实务中却受到了质疑甚至在一些个案的处理中被否定。依法行政原理与承认违反法定程序有不同法律效果之间的紧张关系，如果不是一种“你死我活”的对峙状态，我们应当找寻怎么样的一个机制给予缓解？本文以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例，试图回答上述问题。

一、法律规范分析与学术史梳理

（一）法律规范分析

行政诉讼法第54条规定，具体行政行为有“违反法定程序的”，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。这是审查“违反法定程序”之标准的基础性规范。此法律规范之内涵可以作如下解读：

1. 程序。“程序，就是行为从起始到终结的长短不等的过程。”〔3〕程序由步骤、方式和时空三个要素构成。所谓步骤，即行为的阶段性“单元”，有先后之分，所以步骤必须依顺序进行，否则可能会导致作出的行为在内容上发生实质性改变。如《公安机关办理行政案件程序规定》第33条规定：“当场处罚，应当按照下列程序实施：（1）向违法行为人表明执法身份，口头告知其拟作出行政处罚的事实、理由、依据及其依法享有的权利；（2）对违法行为人的陈述和申辩，应当充分听取。违法行为人提出的事实、理由或者证据成立的，应当采纳；（3）填写处罚决定书并交付被处罚人；（4）当场收缴罚款的，同时填写罚款收据，交付被处罚人；不当场收缴罚款的，应当告知被处罚人在规定期限内到指定的银行缴纳罚款。”此规定为公安机关当场处罚的四个步

〔2〕 罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第383页。

〔3〕 应松年：《论行政程序法》，《中国法学》1990年第1期。

骤，在顺序上不可颠倒，否则构成违反法定程序。

所谓方式，亦可称之为形式，即行为所表现出来的载体。正如有学者所认为：“方式是指实施和完成某一行为的方法及行为结果的表现形式，如采用秘密的方式还是公开的方式作出决定，行政行为是以书面的方式还是以口头方式作出等。”〔4〕如行政许可法第37条规定：“申请人的申请符合法定条件、标准的，行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。”这里的“书面决定”即为行政许可的方式。也有学者认为：“行为方式，实际上是除时间期限、步骤、顺序以外的其他程序要素的总称，是一个‘兜底’的概念，因此，它所包含的内容和种类较多，凡是纳入不到时间、步骤、顺序中去的程序要素和种类，都可以归入到方式之中。”〔5〕此说虽有新意，但“方式”毕竟是一个程序的独立要素，而不是一个开放的概念。

所谓时空，即行为的起止时间点与行为作出的空间点。任何行为都发生在一个特定的时间和空间之中，离开了特定的时空，也就不可能有行为的存在。如行政处罚法第29条规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。”此条规定了行政机关追溯行政违法行为的起止时间点。又如，《盐业行政执法办法》第26条规定：“受送达人不在时，交其同住的成年家属或者所在单位签收；受送达人是法人或者其他组织的交其收发部门签收。受送达人拒绝签收的，送达人应当邀请有关人员到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期。由送达人、见证人签名或者盖章，把《盐业违法案件行政处罚决定书》留在受送达人的住处或者收发部门，即视为送达。”〔6〕这里的“受送达人的住处”、“收发部门”就是送达程序中的空间点。

2. 法定程序。将程序中的行为步骤、方式以及时空要素加以法定化，即为法定程序。依照立法法的规定，这里的“法”当限于法律、法规和规章。凡是法律、法规和规章所规定的程序，都是“法定程序”。至于它所规定的程序是羁束性程序还是裁量性程序，与是否划入“法定程序”的范围之间没有关联。

“法”的范围是否还可以在法律、法规和规章之外作拓展，在解释上似乎存在着较大的难题。首先，由于宪法一直不能为法院判决所引用的依据，〔7〕所以，把宪法放置于“法”的范围，可能与行政诉讼法立法原旨不合。〔8〕其次，由行政机关自己制定的行政规定（或称之为“其他规范性文件”）虽然也规定了许多“行政程序”，但依照行政诉讼法第53条规定，即使规章在行政诉讼中也被置于“参照”地位，更何况法律效力处于规章之下的行政规定。显然，行政规定在当时的立法原旨中并没有“法”的地位。再次，法律原则等所谓的“不成文法源”同样也不能解释为这里的“法”。长期以来，我们所持的正统观点是将法源限定于一切制定法，且有一定级别的国家机关制定的规范性文件，即把法源定位于“由何种国家机关制定或认可，具有何种表现形式

〔4〕 王万华：《行政程序论》，载《行政法论丛》第3卷，法律出版社2000年版，第233页以下。

〔5〕 应松年、杨小君：《法定行政程序实证研究》，国家行政学院出版社2005年版，第242页。

〔6〕 《盐业行政执法办法》（轻工业部令第2号）。

〔7〕 这是一个规范命题，所以并不当然反映出现实状况，因为在当下的司法实践中，法院依照宪法规定作出判决的情形还是存在的。参见王禹编著：《中国宪法司法化：案例评析》，北京大学出版社2005年版。

〔8〕 1955年《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援用宪法作为论罪科刑的依据复函》给新疆省高级人民法院复函：“你院（55）刑二字第336号报告收悉。中华人民共和国宪法是我国国家的根本法，也是一切法律的“母法”。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出：‘它在我国国家生活的最重要的问题，规定了什么样事是合法的，或者法定必须执行的，必须禁止的。对刑事方面，它并不规定任何论罪科刑的问题，据此，我们同意你院的意见，在刑事判决中，宪法不宜援用。’”

或效力等级”的规范性文件。^{〔9〕}所以，基于规范层面，从法律原则中推导出有关行政行为程序规则，也难以归入这里的“法”的范围。

3. 违反法定程序。所谓“违反”，依文义解释，是指“不遵守、不符合”，^{〔10〕}“违反法定程序”是指行政机关作出的行政行为不遵守、不符合法定程序的情形。鉴于行政诉讼法第54条并未区分法定程序与行政行为实体内容之间的是否存在必然关联的情况，我们似乎可以认为，无论两者之间是否存在必然的关联性，行政机关违反法定程序作出的行政行为必须被撤销。如行政复议法第31条规定：“行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。”在没有法律特别规定的情况下，假如行政机关在第61天作出行政复议决定，依照行政诉讼法规定的“违反法定程序”之审查标准，法院只能作出撤销判决。

不过，2000年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）似乎在悄悄地改变行政诉讼法关于“违反法定程序”的立法原旨。

（1）《若干解释》第54条第2款规定：“人民法院以违反法定程序为由，判决撤销被诉具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。”^{〔11〕}按照这一条司法解释，如行政机关未经听证程序对当事人作出吊销许可证的行政处罚决定，经当事人诉请法院，在该行政处罚决定被撤销之后，行政机关可以补办听证程序并仍然可以对当事人作出吊销许可证的行政处罚决定。法院通过当事人提起的行政诉讼实现了监督行政机关依法行政的目的，但当事人在付出相当的时间和金钱之后，并没有得到什么“好处”，所谓的“胜诉”对于该当事人究竟有多少意义呢？而所谓的“败诉”对于该行政机关又有多少“惩罚”功能呢？这样的司法解释是否会将行政机关导向“法律程序虚无主义”这种对“违反法定程序”的认识是否已经偏离了行政诉讼法的原旨？

（2）《若干解释》第30条规定：“下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据：①被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后自行收集的证据；②被告严重违反法定程序收集的其他证据。”依照这一条司法解释，行政诉讼法中的“违反法定程序”已经被最高人民法院作了违法程度上的区割。也就是说，违反法定程序中的“不遵守、不符合”的表现是立体的、分层次的；违反法定程序中的“不遵守、不符合”只有达到“严重”程度时，才能对实体内容产生影响。所以，行政机关严重违反法定程序所收集的证据不能作为认定被诉行政行为合法的根据；如果行政机关是在“非严重”违反法定程序情况下收集的证据，它仍然具有证据的“合法性”。如果这样的推理成立，那么《若干解释》第30条的规定，正渐行渐远于行政诉讼法确立“违反法定程序”之审查标准原旨。

（二）学术史梳理

1. “法定程序”之界定。自1990年行政诉讼法实施以来，有关界定“法定程序”的学理讨论一直没有中断。对“法定程序”的学理解释，其争议的核心问题是“法”的范围究竟应当如何确定。迄今为止，有关“法定程序”的界定至少有以下几种代表性的观点：

（1）法律、法规规定说。如有学者认为：“法律、法规规定了即为法定程序，行政机关必须遵循，违反了即导致该行为的无效。法律、法规未规定即意味着立法机关（包括行政立法机关）赋予行政执法机关以自由裁量权，行政执法机关可根据当时当地的情况和所要处理的问题的实际情况

〔9〕 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社1999年版，第58页。

〔10〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第1308页。

〔11〕 行政诉讼法第55条规定：“人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。”

选择其认为最适当的方式、形式、手续、步骤、顺序、时限实施具体行政行为。”〔12〕从此观点的分析过程看，它将“法定程序”的范围严格限于法律、法规，这可能与行政诉讼法第52条的规定有关，即法院依据法律、法规审理行政案件。〔13〕由于行政诉讼法将规章置于“参照”地位，所以在行政诉讼法实施以后的相当一段时间里，关于规章是否属于“法”之问题一直处于争议状态。〔14〕

(2) 法律、法规和规章规定说。笔者曾经著文认为，“法定程序”中的“法”除法律、法规外，还应当包括规章。“何种行政程序为法定程序，不应取决于法院对具体行政行为进行合法性审查的依据范围，而是设定行政程序规范的实际效力。我国现阶段大多行政程序均出自规章，且规章在行政权运作中均产生一般意义上的法律约束力。所以，法定行政程序应是法律、法规和规章所设定的行政程序。”〔15〕2000年立法法实施之后，因为规章（部门规章、地方政府规章和军事规章）已明确为“法”，这一观点已经有了法律规范的依据。

(3) 法律、法规、规章和宪法规定说。如有学者认为，法定程序中“法”不仅包括法律、法规和规章等这些具体的部门法，还应当包括宪法。宪法中有关原则的规定也是法定程序的根据。〔16〕此观点将宪法也纳入“法定程序”之“法”的范围，对于提升宪法在国家权力结构中的地位是极有意义的。但是，由于宪法解释机制极不发达，且目前基本上仍处于植物人式的“睡眠状态”，在没有较为发达的宪法解释机制作用之下，将宪法纳入这里的“法”的范围之实益不宜高估。

(4) 重要程序说。如有学者认为，“法定程序是行政程序中的重要程序，具有不可违背的性质，违反该程序要求的行政行为，足以构成违法并应当予以撤销或者确认违法。法定程序的这种不可违背性，是该程序在法律上的地位和作用所决定的。也正是因为这些地位和作用不仅仅是事实上、客观上的地位和作用。更是法律上的地位和作用，是由法律设定的该项程序内容并赋予了该程序内容法律上的效力，所以，我们称之为法定程序。”〔17〕此观点具有补强“法律、法规、规章和宪法规定说”之功能，并支持着“法律、法规、规章和宪法规定说”。但从内容上看，它的视角与推理的逻辑起点又不同于“法律、法规、规章和宪法规定说”。它们两者的不同是，前者是将“法定程序”作行政程序下位概念解释，与非法定程序相对应，在行政程序中具有重要地位的程序，即为法定程序，反之则为非法定程序。

但是在实务中，如何判定“重要程序”极不容易，所以，“重要程序说”之缺陷也是明显的。在个案处理中，有时“重要程序”之解释倒可能成为法院基于某种考虑“灵活”作出判决的理由。如在广州贝氏药业有限公司诉国家发展计划委员会药品政府单独定价行为案中，法院认为：“国家计委应一些药品生产企业的申请，在进行社会调查、搜集数据及召开专家论证会的基础上，作出了1492号通知，确定了11种抗感染类药品的单独定价价格，其中包括贝氏公司生产的氧氟沙星药品。该通知在给贝氏公司药品定价的程序问题上，依照《国家计委关于单独定价药品价格制定有关问题的通知》的规定，未进行听证程序不违反法定程序，贝氏公司请求确认其程序违法，本院不予支

〔12〕 姜明安：《行政诉讼法》，法律出版社2007年版，第293页。参见罗豪才、应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社1990年版，第247页。

〔13〕 行政诉讼法第52条规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”

〔14〕 参见刘增祺、李江：《行政规章分析》，中国政法大学出版社1994年版。

〔15〕 章剑生：《论行政程序违法及其司法审查》，《行政法学研究》1996年第1期。

〔16〕 朱芒：《论行政上的“法定程序”——关于法解释学基础的点滴认识》（中国法学会行政法学研究会年会提交论文，1995/哈尔滨）。

〔17〕 杨小军：《行政诉讼问题研究及制度改革》，中国人民公安大学出版社2007年版，第483页。

持。”^{〔18〕}在这里，听证程序已被法院解释为不是“重要程序”了。又如，行政处罚法第38条第2款规定：“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。”应当参加集体讨论的行政机关负责人没有参加，是否构成违反“重要程序”呢？这仍有较为广阔的讨论空间。^{〔19〕}

2. 违反法定程序之法律效果。当行政机关作出的行政行为被确认违反法定程序之后，该行政行为在法律上的效果究竟为何呢？这在行政法学理论上也是必须要解决的问题，因为它事关法院应当作出何种之判决。关于这个问题，当下行政法学界至少有这样几种代表性的观点：

(1) 无效说。依照通说，行政行为无效“系指自始无效、当然无效及确定无效”。^{〔20〕}对于行政行为违反法定程序之法律效果如何，有学者认为：“法律、法规规定的即为法定程序，行政机关必须遵循，违反了即导致该行为的无效。”^{〔21〕}依照此观点，行政行为违反法定程序属于“重大明显且瑕疵”，其违法如同“写在额头上，一望而知”。“无效说”彻底否定了行政行为一经作出具有存续力等法律效果，对于提升行政机关的程序法制观念不无益处。但是，对违反法定程序的行政行为不分轻重，一律“杀无赦”，似乎有绝对化之倾向。行政处罚法也持这一观点。^{〔22〕}

(2) 撤销说。此说认为，只要违反法定程序，行政行为应当撤销，即使“规范性文件对行政行为程序的规定，同样是行政机关必须遵守的法定程序，行政机关行政行为如果违背这些规范，同样是违反法定程序，应当被法院撤销”。^{〔23〕}这是“重要程序说”所持的观点。在“撤销说”下，它显然承认违反法定程序的行政行为一经作出，在该行政行为没有被撤销之前有存续力等法律效果。与“无效说”相反，它并不承认违反法定程序的行政行为有可能产生无效的法律效果，这似乎又走到了“无效说”反面。

(3) “区别说”。与“无效说”、“撤销说”根本不同的是，“区别说”以程序违法与实体处理之间不存在必然对应关系为视角，在实体处理上区别对待程序违法，即对于违反法定程序的行政行为法律效果不是一概而论，需要根据具体情况作出区别对待。但是，在“具体情况”这个问题上又有不同的分歧。笔者曾提出，违反法定程序的行政行为如何处理，应当考虑以下两个标准：“第一，是否损害了行政相对人的合法权益。如果行政机关作出的行政行为违反法定程序，损害了行政相对人的合法权益，那么法院应当依法判决撤销或者确认违法；反之，法院应当在判决中认定行政行为已构成程序违法，依法判决维持或者驳回诉讼请求，但法院可以通过司法建议给行政机关必要的警示。第二，是否产生了有利于行政相对人的法律后果。如果行政机关作出的行政行为的违反法定程序，产生了有利于行政相对人的法律后果，且行政相对人保留这一法律后果也并不违反法律、法规和规章的规定，也不损害国家、社会或者其他公民的合法权益，那么法院不应当依法判决撤销或者确认违法。比如复议机关逾期对明显不当的行政处罚，作出的减轻处罚幅度的行政复议决定。但是，对这种情况法院可以通过司法建议给行政机关必要的警示；反之，法院应当依法判决撤销或者确认违法。”^{〔24〕}在本文中笔者仍持这一观点。不过，需要作补正的是，对于“重大明显且瑕疵”的

〔18〕 北京市高级人民法院《行政判决书》（〔2002〕高行终字第66号）。

〔19〕 如在黄国仁因诉温州市食品药品监督管理局药品行政处罚一案中，法院认为：“温州市食品药品监督管理局在给予黄国仁较重行政处罚之前，未经其负责人集体讨论决定，违反了行政处罚法第38条第2款的规定，处罚程序违法，原审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第3目的规定，判决撤销上诉人的行政处罚决定正确，本院应予维持。”浙江省温州市中级人民法院《行政判决书》（温行终字第〔2006〕222号）。

〔20〕 吴庚：《行政法之理论与实用》，台湾三民书局2007年版，第404页。

〔21〕 前引〔12〕，姜明安书，第293页。

〔22〕 行政处罚法第3条第2款规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”

〔23〕 前引〔17〕，杨小军书，第454页。

〔24〕 前引〔15〕，章剑生文。

违反法定程序的行政行为,应当划入行政行为无效的范畴。

另一种“区别说”观点认为:“一个违反法定程序的行政行为的后果,关键要看被违反的程序的价值追求、被违反的程序的重要性和违反程度。其具体标准是:第一,法律出于某种目的规定某一程序被违反,法院必须宣布其无效或予以撤销的,法院必须遵守。第二,违反了某一程序并且因此可能影响行政行为实质内容的具体行政行为,法院应当撤销。第三,不可能对具体行政行为产生任何实质影响的、并可以即时补正的程序被违反时,法院不应撤销此种具体行政行为。第四,在上述三种标准基础上,对于个案,法院适当保持司法能动性是必要的。”^[25]此“区别说”导入了“被违反的程序的价值追求、被违反的程序的重要性和违反程度”之标准,赋予了法官较大的裁量空间,就思考的总体方向而言,这一观点应当说是正确的,但它的可操作性并不强。还有一种“区别说”观点认为:“行政程序违法是否导致行政行为无效,要视程序违法的具体情形而定。如果程序违法,实体处理也违法,应撤销行政行为;如果程序违法,实体处理真实,则要区别对待:对于程序违法轻微的,原则上可维持被诉的具体行政行为,但要指出该程序瑕疵,限令行政机关改正。如果程序违法情形严重的,即使实体处理真实,也要予以撤销。”^[26]此“区别说”导入了“具体情形”之标准,与“被违反的程序的价值追求、被违反的程序的重要性和违反程度”之标准相比而言,赋予了法官更大的裁量空间。如果能够匹配一个良好的裁判说明理由制度,那么这也不失为是一种可行的解决问题之方案。

二、法院在典型案例中说了些什么

学者们的观点尽管精彩纷呈,但毕竟是沙盘推演,那么,法院又是在如何解释“违反法定程序”的呢?最高人民法院自1985年以来至2008年底,在《最高人民法院公报》上公布的行政法典型案例已有80余个。笔者通过检读发现,其中至少有11个典型案例与本文所讨论的“违反法定程序”之审查标准有关。^[27]在这里,笔者拟就这11个典型案例提供的法律材料,结合本文前述的法律规范分析与学术史梳理,分析法院在典型案例中对“违反法定程序”说了些什么。

对这11个典型案例阅读之后,我发现在法院判决的理由之中,违反法定程序的情形是相当具体的,但如果基于学理上的类型化考虑,即以“步骤”、“方式”和“时空”三种类型为法院裁判依据,恐为时尚早,因为这种理论模型似乎还不能适应变化多端的实务,或者说法官在处理案件时,并不是以先验性的类型化来思考问题,而是如何简便地解决手中案件为出发点。这11个典型案例中“违反法定程序”情形可作如下简约分类:

(一) 违反“步骤”

违反“步骤”即违反步骤的先后顺序,行政机关在没有做前一个步骤的情况下,即实施后一个步骤,构成违反法定程序。这是当下行政法学界可以接受的观点。此种情形在这11个典型案例中

[25] 朱新力:《司法审查的基准》,法律出版社2005年版,第397页以下。

[26] 张步洪、王万华:《行政诉讼法律解释与判例述评》,中国法制出版社2000年版,第422页以下。“区别说”之观点还可以参见王万华:《行政程序法研究》,中国法制出版社2000年版,第256页以下。此“区别说”认为:“(1)区分程序违法的情节轻重,根据程序违法对相对人权利影响的程度确定不同法律后果。(2)区分程序对行政决定内容的影响。(3)区分强制性程序和自主性程序。(4)区分内部程序和外部程序。(5)区分羁束行政行为和自由裁量行为。”宋雅芳教授提出的“区别说”是:(1)严重违反行政程序的行政行为无效。(2)一般违反行政程序的行政行为可撤销。这又分为违反法定程序的授益行政行为的撤销和违反法定程序的不利行政行为的撤销两种情形。(3)程序上存在轻微瑕疵的行政行为可补正。参见其《行政程序法专题研究》,法律出版社2006年版,第251页以下。

[27] 需要说明的是,下文案例4和案例6因为同一案件中有两种独立的违反法定程序情形,所以,尽管本文案例编号共有12个,但实际引用的案例总数是11个。

占了3个。它们分别是：

案例1. 陈迎春不服离石县公安局收容审查决定案。法院认为：被告对原告的收容审查，在执行程序上也是违法的。3月10日，被告已决定对原告收容审查，并填写了《收容审查通知书》，可是在执行时不向原告出示，出示的却是公安机关让违反治安管理的人在指定时间、到指定场所接受讯问的“传唤证”。被告的上述行政行为，依照行政诉讼法第54条第2项第3目的规定，是违反法定程序的。^{〔28〕}

案例2. 平山县劳动就业管理局不服税务行政处理决定案。法院认为：行政机关在作出行政处罚决定前，应当依照行政处罚法第31条规定，将作出行政处罚决定的事实、理由及法律依据告知当事人，并告知当事人依法享有陈述和申辩、申请行政复议和提起行政诉讼的权利；依照行政处罚法第36条的规定，收集有关证据，依照第37条的规定，制作调查笔录。这些工作，地税局都没有做。依照行政诉讼法第54条第2项的规定，该决定应予撤销。^{〔29〕}

案例3. 益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案。法院认为：根据建设部272号文关于对城市供气等“直接关系社会公共利益”的行业实行特许经营，“公开向社会招标选择投资者和经营者”之规定，市政府有权根据招标结果确定城市管网项目的经营者，但在此之前，必须先对周地建城（2000）10号文进行依法处理，以排除法律上的障碍。然而，市政府却在未对周地建城（2000）10号文进行任何处理的情况下，迳行作出授予中标人亿星公司城市天然气管网项目经营权的54号文，既违反了法定程序，又损害了益民公司的信赖利益。^{〔30〕}

需要说明的是，案例2在认定行政机关违背行政处罚法规定的程序作出的处罚决定不能成立之后，法院又说：“已经查明，该行政处理决定从程序上违法，依法应予撤销，法院无需再就行政执法实体方面的争议继续进行了审理。”^{〔31〕}这种程序违法获得认定之后即不需要对实体进行审查之审查方式，的确有“创意”，但它已受到了学者的质疑：“以程序违法为由的撤销判决并没有提示实体方面的司法判断，也就不能保证这种争议不会再次发展为行政诉讼”，“日本的判例正在接近这样一种立场：在大前提下，坚持以实体是否合法来决定是否撤销带有程序瑕疵的行政行为；但是如果被违反的行政程序是重要的，就把实体审查压缩到最小限度”。^{〔32〕}也就是说，依照日本的经验，在这样的情形下法院对实体还是需要审查的，只是“把实体审查压缩到最小限度”。笔者认为，从防止实体争议再引发行政诉讼这一方面看，日本的经验是可取的，案例2中的法院审查方法应当否定为好。

（二）未引用法律条文

行政机关作出行政行为应当明示法律条文，其功能不外既是表示其作出行政行为有法律的授权，行政相对人也可以找到攻击行政行为违法的“靶心”。行政机关作出行政行为未引用法律条文，法院认为构成了违反法定程序。如：

案例4. 兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案。法院认为：上诉人常德开发部不具有法律规定的应予收回土地使用权的情形。被上诉人市政府的兰政地字（1997）第42号批复中，对收回常德开发部土地使用权所适用的法律依据，只笼统提到“根据《中华人民共和国土地管理法》和《甘肃省实施土地管理法办法》的有关规定”，未引出适用的具

〔28〕《中华人民共和国最高人民法院公报全集》（1985—1994年卷），人民法院出版社1995年版，第790页。

〔29〕《中华人民共和国最高人民法院公报全集》（1995—1999年卷），人民法院出版社2000年版，第683页。

〔30〕《中华人民共和国最高人民法院公报》（2005年卷），人民法院出版社2006年版，第379页。

〔31〕前引〔29〕，第683页。

〔32〕王天华：《程序违法与实体审查——行政诉讼中行政程序违法的法律效果问题的一个侧面》，载罗豪才主编：《行政法论丛》第9卷，法律出版社2006年版，第203页。

体条文,违反了法定程序。〔33〕

但是,在《最高人民法院公报》上公布的80余个典型案例中,至少有两个典型案例,法院认定行政机关作出行政行为时未引用法律条文,但并没有以“违反法定程序”为由作出判决。如在路世伟不服靖远县人民政府行政决定案中(2002),法院认为:“此外,行政机关的任何具体行政行为,必须以明确的法律规定为依据。被上诉人县政府的靖政发(1999)172号文件,没有说明作出该具体行政行为的法律依据,属适用法律不当。”〔34〕在宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案中(2004),该案的“裁判摘要”称:“行政机关在依法实施具体行政行为时,仅说明所依据的法律名称,没有说明依据的具体法律条款,且不能证明其具体行政行为符合法律的哪些具体规定,构成违法,应予撤销。”〔35〕

案例4所涉情形,与宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案基本相同,但法院在判决理由上却截然不同。从时间点上,案例4形成于2000年,它是在路世伟不服靖远县人民政府行政决定(2002)和宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案(2004)之前,这是否意味着最高人民法院在这个问题上已改变了原来的态度呢?

(三) 未适用法定程序

行政机关作出行政行为时,没有适用法定程序,究竟是属于“没有法律依据”而归入“适用法律、法规错误”,还是属于“违反法定程序”,并非没有商榷余地。但是,最高人民法院的态度是明确的,它属于“程序违法”。如:

案例5.再胜源公司诉上海市卫生局行政强制决定案。法院认为:卫生局在作出被诉具体行政行为之前,进行了调查取证,之后亦制作了强制决定书,并送达给再胜源公司,行政程序合法。但卫生局在取缔再胜源公司违法行为的同时,决定对再胜源公司液氮生物容器予以没收,而没收是法律规定的行政处罚措施,卫生局作出没收决定时,必须适用《中华人民共和国行政处罚法》规定的处罚程序,卫生局在决定没收再胜源公司液氮生物容器时,没有依法适用处罚程序,虽然该处罚尚未执行,但亦构成程序违法。〔36〕

(四) 未送达法律文书

行政机关未将法律文书送达给行政相对人,尚未满足行政行为“生效”之要件,未生效的行政行为尚不能构成行政诉讼的客体,这些命题在行政法理论上应该没有多大争议。但是,在行政行为具有第三人效力的情况下,行政机关未将法律文书送达给第三人,并不影响该行政行为的生效。最高人民法院认为,“未送达法律文件”属于“违反法定程序”之情形。依照本文所述的法定程序的类型,“未送达法律文件”当属于违反法定程序中“时空要素”。如:

案例6.兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案。法院认为:在被上诉人市政府收回上诉人常德开发部的土地使用权之前,市政府的土地管理部门事实上已经将同一宗土地使用权又出让给华欧公司。兰政地字(1997)第43号批复的内容,涉及到华欧公司和常德开发部双方的利益,市政府至今未给常德开发部送达兰政地字(1997)第43号批复。这些具体行政行为,都违反了法定程序。〔37〕

(五) 评估人员不具备法定评估资格等

在行政程序中,当行政机关作出的行政行为遇有技术性、专业性等问题时,需要具有一定资

〔33〕《中华人民共和国最高人民法院公报》(2000年卷),人民法院出版社2003年版,第298页。

〔34〕《中华人民共和国最高人民法院公报》(2002年卷),人民法院出版社2003年版,第318页。

〔35〕《中华人民共和国最高人民法院公报》(2004年卷),人民法院出版社2005年版,第434页。

〔36〕前引〔30〕,第520页。

〔37〕前引〔33〕,第298页。

质的人员对这类问题作出结论性的意见，如鉴定结论、财产评估报告等。这些结论性的意见构成了行政机关作出行政行为的证据之一。因评估人员欠缺法定评估资格，且评估人员在评估中对相关资料不经审核等情形下作出“评估报告”，当它被行政机关作为作出行政行为证据之一时，该行政行为被最高人民法院划入了“违反法定程序。”如：

案例 7. 丰浩江等人诉广东省东莞市规划局房屋拆迁行政裁决案。法院认为：由于作出《评估报告》的两位评估人员中有一位不具备法定评估资格，且评估人员既未对委托方房地产公司提供的资料进行审核，亦未能依法取证证明其所采纳的租金标准，在程序上存在严重违法。^{〔38〕}

（六）未达到侵害行政相对人合法权益的程度

行政机关作出的行政行为在程序上有轻微瑕疵，是否可以划出“违反法定程序”之范围，依照行政诉讼法第 54 条的规定，答案是否定的。但是，最高人民法院却同意这样观点：如果行政行为在程序上有轻微瑕疵，但在没有达到侵害行政相对人合法权益的程度时，不能认定为违反法定程序。在这里，上述有关的违反法定程序的法律效果中“区别说”，似乎可以在实务中找到典型案例的支持。如：

案例 8. 宜昌市妇幼保健院不服宜昌市工商行政管理局行政处罚决定案。法院认为：被上诉人工商局作为专门的监督检查部门，在对上诉人保健院作出处罚前，进行了立案、调查取证，并送达了处罚告知书，交待了陈述和申辩权，其处罚程序符合法律规定。工商局作出的处罚决定中没有具体载明据以认定保健院违法行为存在的证据名称，使其处罚决定书的内容不完备，是行政行为的轻微瑕疵。工商局的这一行政瑕疵没有达到侵害行政管理相对人合法权益的程度，不影响其处罚决定的有效成立，因此不能认定工商局的行政行为程序违法。^{〔39〕}

（七）违反“正当程序”

“正当程序”作为具有规范意义的成文规定，最早见于 2004 年国务院在《全面推进依法行政实施纲要》。由于《全面推进依法行政实施纲要》是否具有行政法规之地位尚有争议，所以“遵守正当程序”还不能作为一个法律要求对国家权力产生法律上的约束力。它作为一种法学理论或者法学思想时，其核心所要表达的是国家在作出对个人不利决定之前，必须给予一个最低限度的公正程序。这种最低限度的公正程序有两条规则：听取意见和防止偏见。前者为听证，后者为回避。法定程序应当依据正当程序之要求进行设计，并根据实际需要提高对国家行使权力时的程序要求；当法定程序出现缺失时，正当程序即应补充该法律空隙。

由于成文法传统深厚，法院审理行政案件在判决依据上向来都是视国家机关颁行的法律规范为唯一依据，不敢越雷池一步。这一“职业性”习惯对于绝大多数法院而言，很少有勇气突破之。但是，这一陈规已经被最高人民法院公布的典型案例所打破。在本文所涉的 11 个典型案例中，有 4 个典型案例涉及到法院运用“正当程序”之理论，作出了撤销被诉行政行为的判决。如：

案例 9. 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案。法院认为：按退学处理，涉及到被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理，忽视当事人的申辩权利，这样的行政管理行为不具有合法性。^{〔40〕}

案例 10. 宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案。法院认为：尽管《国务院城市房屋拆迁管理条例》和《江苏省城市房屋拆迁管理条例》对行政拆迁程序没有明确的规定，但行政

〔38〕 前引〔35〕，第 444 页。

〔39〕 《中华人民共和国最高人民法院公报》（2001 年卷），人民法院出版社 2003 年版，第 314 页。

〔40〕 前引〔29〕，第 688 页。

机关在裁决时充分保障当事人的合法权利，允许双方当事人对争议问题进行申辩和陈述。但宿迁市建设局在裁决宋莉莉与万兴公司的拆迁纠纷时，未允许宋莉莉对争议问题予以陈述和申辩，有失公正，仅根据万兴公司的申请及万兴公司单方委托的评估公司的评估结果作为行政裁决的依据，违反了《江苏省城市房屋拆迁管理条例》的规定。因此，该行政裁决程序上违反法律规定、内容上不具有执行效力，应重新予以裁决。^{〔41〕}

案例 11. 张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案。法院认为：行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，但根据正当程序的要求，行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时，应当专门听取利害关系人的意见。本案中，徐州市人民政府虽声明曾采取了电话的方式口头通知张成银参加行政复议，但却无法予以证明，而利害关系人持有异议的，应认定其没有采取了适当的方式正式通知当事人参加行政复议，故徐州市人民政府认定张成银自动放弃参加行政复议的理由欠妥。在此情形下，徐州市人民政府未听取利害关系人的意见即作出于其不利的行政复议决定，构成严重违法法定程序。^{〔42〕}

案例 12. 陆廷佐诉上海市闸北区房屋土地管理局房屋拆迁行政裁决纠纷案。法院认为：基于正当程序原理，为保护被拆迁人、房屋承租人的合法权益，被拆房屋的评估报告应当送达被拆迁人、房屋承租人，以保障被拆迁人、房屋承租人及时了解被拆房屋的评估结果，对于评估结果有异议的及时提出意见、申请复估。拆迁裁决机关在裁决过程中，应当就被拆房屋评估报告是否送达被拆迁人、房屋承租人的问题进行审查。该裁决主要证据不足，且违反法定程序，依法应予撤销。^{〔43〕}

在案例 9 中，虽然没有提到“正当程序”之概念，但从其理由阐述中，我们可以清晰地看到“正当程序”的情影。正如有学者对此评述道：“退学处理决定将对学生的一辈子产生长远而严重的影响，牵涉利益至深至巨，并不亚于拘留、大额罚款和责令停产停业。举轻明重，类推比照，给予正式听证似乎都不过分，何况只是一般性地要求送达和听取申辩。”^{〔44〕}而案例 10 明显受到了案例 9 的影响，它可以被看作是案例 9 作为典型案例公布之后产生的一种事实上的效力。^{〔45〕}在案例 11、12 中，法院直接使用了“根据正当程序的要求……”和“基于正当程序原理”之用语，判定被告的行政行为构成“违反法定程序”，可谓引人注目。

当然，上述四个有关正当程序的典型案例对于全国各级地方法院是否具有规范意义，我们仍不可抱有过度乐观态度。“即便是个别法院大胆地迈出了一步，其判案对其他法院来说，也不具有规则性的指导作用，充其量只是在法院之间的经验交流会或者有关经验材料的交换阅读中给其他法院一些启发。”^{〔46〕}这样的论点我发现是可信的，乔占祥诉铁道部春运期间票价上浮决定案就是讨论这个问题的一个标本。在这个案件中，法院认为：铁路列车旅客票价直接关系群众的切身利益，依照价格法第 18 条的规定，政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价。根据铁路法第 25 条的规定，铁路列车旅客票价调整属于铁道部的法定职责。铁道部上报的《实施方案》所依据的计价格（1999）1862 号文已经国务院批准，其所作《通知》是在经过市场调查的基础上又召开了价格咨询会，在向有权机关上报了具体的实施方案，并得到了批准的情况下作出的，应视为履

〔41〕 前引〔35〕，第 447 页。

〔42〕 前引〔30〕，第 530 页。

〔43〕 《中华人民共和国最高人民法院公报》2007 年第 8 期。

〔44〕 何海波：《通过判决发展法律》，载《行政法论丛》第 3 卷，法律出版社 2000 年版，第 454 页。

〔45〕 《人民法院五年改革纲要》（1999—2003）第 13 条规定：“2000 年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案例予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”

〔46〕 余凌云：《法院如何发展行政法》，《中国社会科学》2008 年第 1 期。

行了必要的正当程序。虽然，价格法第 23 条规定，“制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价，应当建立听证制度”，但由于在铁道部制定《通知》时，国家尚未建立和制定规范的价格听证制度，要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。据此，上诉人乔占祥请求认定被上诉人铁道部所作《通知》程序违法并撤销该具体行政行为理由不足。^{〔47〕}依照“正当程序”之原理，“在铁道部制定《通知》时，国家尚未建立和制定规范的价格听证制度”情况下，法院完全可以参考案例 9 所阐发的“正当程序”作为判决依据，但法院却以上诉人“要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据”为由，认定“铁道部所作《通知》程序违法并撤销该具体行政行为理由不足”。此案也多少可以反映出这样一个现状：“典型案例”对于地方各级法院的“参考”、“指导”之所谓的“蝴蝶效应”可能是极为有限的。

三、分析与初步结论

行政法学者的观点和法院个案的裁判，映衬出“违反法定程序”的认定如同普洛透斯似的脸，令人困惑不已。从以上论述可以看出，学者的观点难定一尊，法院的裁判也无统一标准，而迄今为止唯一不变的则还是行政诉讼法第 54 条之规定，尽管最高人民法院通过司法解释作了某些“静悄悄的革命”。不过，我们还是可以从以上论述中获得一些初步认识。

（一）关于“违反法定程序”的认定

1. “违反法定程序”的规范表述。由于行政诉讼法留给我们的立法资料相当匮乏，今天我们难以确定当时立法者写下“违反法定程序”之原旨。行政诉讼法规定的立法目的依次序先后有两个：（1）保护公民、法人和其他组织的合法权益；（2）维护和监督行政机关依法行使职权。^{〔48〕}解释“违反法定程序”的规范意义，不能离开这两个立法目的，否则，“违反法定程序”的法定意义如同断了线的风筝，无法把握。这里的难处在于，行政诉讼法确定的两个立法目的常常会处于对峙状态，在实际效果上往往是“按下葫芦浮起瓢”。因此，在这样的情况下，引入利益权衡之原则十分必要。换言之，“违反法定程序”在规范意义上经常是不确定的，它需要在个案中通过利益权衡之后才能确定它的规范意义。所以，法律规范分析所获得的知识，仍可能在实务的个案处理中因利益权衡原则的介入而走样。

2. 难定一尊的学者观点。众说纷纭的学者观点，是他们基于自己的学术立场对“违反法定程序”之法律规范所进行图解，有助于加深人们对其的理解，也为法院在裁判时提供一些学理上的指引。难定一尊的学者观点并非坏事，它们如同一份制作精致的菜谱，可供法院（官）在处理个案时依照需要进行选择。虽然在前述 11 个典型案例中我们没有看到法院（官）公开自己裁判是受到了哪一种观点的学理指引，但这种痕迹还是可循的，如案例 8。至于案例 9—12 中的“正当程序”，这种学理指引的痕迹则更为显著。这多少可以说明，除了共同参与学术研讨会外，通过个案裁判这一媒介，学者与法官之间的对话或者互动是存在的，也是可行的。如果法院的裁判文书公布制度再完善一些，如连号而不是选择性地公布法院裁判文书，笔者以为这种对话或者互动将会更加全面、深入。

3. 立场并不一致的法院。法院在司法实践中，似乎并没有以学者们提供的法定程序分类为切入口，寻找不同类型的违反法定程序与法律效力之间的某种对接关系。有时，它采用了违反法定程序并不当然损害行政相对人合法权益之规则，在充分考虑相关情形之后分别作出相应的判

〔47〕 北京市高级人民法院《行政判决书》（〔2001〕高行终字第 39 号）。

〔48〕 参见行政诉讼法第 1 条。

决,如案例8;有时,则将某些难以归入其他撤销判决之标准的情形,划入违反法定程序,如案例4、案例7;即使在运用“正当程序”之标准时,也表现出若干的差异性。法院这种并不一致的裁判立场,究竟是一种认识论上的问题,还是实务面向的一种“机会主义”作法,的确需要在更多的实证材料基础上才能作出判断。

(二) 关于“违反法定程序”的法律效果

对于违反法定程序的行政行为,法院如何处理它的法律效果,或许更受人关注。在行政诉讼法上,行政行为违反法定程序,它的法律效果是撤销,可谓“纵令实质正当亦不可取代程序合法”。^[49]它为行政相对人提供了权利保护的规范基础。正如有学者所说:“法律文本提供了权利生长的可能性,权利增量的实现,很大程度上要通过司法裁判活动来实现。”^[50]可见,司法裁判对行政相对人权利实现具有不可轻视的功能。所谓“有救济才有权利”也表达了相同的意义。

1. 重新作出行政行为。在法院以违反法定程序为由撤销被诉行政行为之后,行政机关可以在履行了法定程序之后重新作出行政行为。这在行政诉讼法上没有多大的法律障碍,更何况最高人民法院的《若干解释》还允许在此种情形下行政机关重新作出行政行为,可以不受行政诉讼法第55条之限制。^[51]行政机关在被诉行政行为因违反法定程序被撤销之后,允许它基于“同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同”的行政行为,尽管这种“重作”对于原告来说并没有多大的意义,更多的则是对原告的不利。行政诉讼法的规定似乎在强调法律程序价值的重要性,但《若干解释》又似乎稀释了这种重要性。诚如有学者所说:“一个违反法定程序的行政行为的后果关键要看被违反的程序的追求的价值追求的重要性及其违反程度。”^[52]我想追问的是,将法律程序的价值纳入考虑违反法定程序的行政行为是否撤销的因素,除了强化法律程序观念之功能外,对行政相对人而言,它的意义又是什么呢?

在绝大多数情况下,行政相对人提起行政诉讼并不是为了所谓的“法律程序价值”,即使以“违反法定程序”为由提起的行政诉讼,其诉讼目的仍然关乎他的实体法上权益。对于羁束性的行政行为违反法定程序,除非法律禁止行政机关重新作出行政行为,否则如果发生程序严重违法而实体合法时,撤销行政行为对于行政相对人来说的确没有多大意义。让行政相对人享受一下法定程序过程,换来一个仍然与原行政行为内容一样的新行政行为。正如有学者所说:“按现行规定,具体行政行为凡是程序违法的,不论轻重,人民法院应予撤销,撤销后行政机关还可作出完全相同的具体行政行为。这意味着实体合法但程序违法的案件,相对人提起诉讼没有实质意义。”^[53]

2. 法定程序与当事人实体权利。对于所谓的“轻微违反法定程序不损害行政相对人合法权益,所以不需要撤销被诉行政行为”之说,就本质而言,事关我们是否承认法定程序具有独立价值。当然,承认法定程序具有独立价值,并不意味着所有违反法定程序的行政行为都必须撤销,因为这种独立的的价值有时是可以在利益权量中被权衡掉的。在一个并不具有浓厚法律程序传统的国家中,出现这样的法律现象似乎也是可以接受的。“行政诉讼法关于对违反法定程序的具体行政行为,人民法院应当判决撤销的规定,是出于严格的法治原则考虑,是纠正实践中长期‘重实体、轻程序’做法的一个重要表现。”^[54]部分学者出于对法治的信仰而表现出来的担忧也是可以

[49] 台湾地区“司法院”大法官释字第520号解释理由书。

[50] 罗豪才主编:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版,第295页。

[51] 行政诉讼法第55条规定:“人民法院判决被告重新作出具体行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。”

[52] 钟瑞友:《对‘违反法定行政程序’若干问题的思考》,载《行政法论丛》第9卷,法律出版社2006年版,第182页。

[53] 马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第421页。

[54] 林莉红:《行政诉讼法学》,武汉大学出版社2001年版,第201页。

理解的，但是，对于着力于解决手中案件问题的法院（官）来说，他们可能更关注的是解决问题的有效手段，而不是美仑美奂的法学理论。所以，法官在个案中阐发出来的解决问题方案，或许是更好的“法学理论”。

的确，“在某些程序及方式上有瑕疵之得撤销行政处分，因其非出于实体上之缺陷，不致影响到人民实质上之权利，且只是在程序或方式上有所不备，并非罹有重大之瑕疵，若遽然将此种瑕疵行政处分撤销，有时反而会损害到人民之信赖利益，影响法律之安定性并妨碍行政效率。”^{〔55〕}如果不将“违反法定程序”作为撤销行政行为的绝对条件，或者将所谓“轻微违反法定程序”的行政行为附条件地不予撤销，可能导致行政机关更加轻视行政程序的功能。在我们走向另一个极端时，即违反法定程序的行政行为一律撤销或无效，相关的问题也会随之摆到我们面前。所以，在这个问题上有时我们似乎已陷入了一个两难的窘境。

3. 比较法上的一个例子。德国 1996 年行政程序法第 46 条规定：“非依第 44 条为无效之行政处分，其成立违反程序、方式或土地管辖规定，而其违反显然不影响实体上决定者，不得仅因之而请求废弃。”^{〔56〕}对此规定，有学者评介道：“上开规定，可谓系调和行政效率与人民基本权利保障，从而也系有效调和司法与行政之对立的有效制度设计。”^{〔57〕}根据这一条的规定，在某种法定条件下，行政行为违反法定程序是不可以撤销的。“如对该事件不可能有其他决定时”之规定意指羁束行为，羁束行政行为程序违法，当事人不得以程序违法或者地域管辖为由请求撤销。如果笔者的解读没有差错的话，那么，在大陆法系国家中法律程序价值也是受到相当程度上的尊重，违反法定程序的行政行为可以不被撤销的。

在我国台湾地区，“行政法院判决一向对于行政机关违反程序之规定时，持相当宽容之看法，有时将‘强制规定’解释成为‘训示规定’，有时将程序之要件认定（如：使用）极度放宽，认为应整体观察之，结果大部分之程序违反情形，对于最后的行政处分都不生影响，使得立法者授与司法机关得为审查之利器，完全派不上用场；反而行政法院对于人民未遵守程序规定，不论该规定，不论该规定性质系与人民参与之权利或机会，皆严格地产生失权的效果，或是不能于事后之行政诉讼中再行指摘，或是使得被告机关违法之情形获得治疗。此种不相平等之解释，不仅使得公益与私益之衡量，失其公平，更使得行政法院难以纠正被告机关长久漠视程序规定之传统弊病，颇值得我们留意。”^{〔58〕}所以，在这里，日本的盐野宏教授这一段话是很值得回味的：“如果认为只要实体没有错误就可以的话，便会导致程序上的规制之保障手段失去其存在的意义。如果立足于这种观点的话，违反程序法上所规定的四项主要原则（即告知和听证、文书阅览、理由附记、审查基准的设定与公布），至少应解释为构成撤销事由。”^{〔59〕}

4. 法律程序究竟有多么重要。对法律程序的重要性已有共识，问题是当下应置法律程序于何种地位？在我们的法律文化传统中，的确存在着不重视法律程序的“基因”，所以今天在西方法治理论的光环照耀下，也领悟到了法律程序的重要性。“不论结果的公正性如何，程序违法行为能产生一种在当事人和社会公众看来‘不公正’的主观感觉，因而可能在社会心理学的层面上造成人们对法律程序制度的不满甚至抵制。”^{〔60〕}从法律程序的价值层面看，这样的具有普适性的

〔55〕 洪家殷：《论瑕疵行政处分之补正》，《宪政时代》第 12 卷第 3 期。

〔56〕 德国 1976 年《德国行政程序法》第 46 条规定：“行政处分非依第 44 条而无效者，如对该事件不可能有其他决定时，不得只因其成立违反有关手续方式或土地管辖权之规定而被请求废弃。”

〔57〕 黄锦堂：《由德国法之发展论我国行政法院之审查密度》，载翁岳生编：《行政诉讼论文汇编》第 2 辑，台湾“司法院”印行 1999 年版，第 29 页。

〔58〕 林明锵：《行政法院裁判与都市计划法制》，载台湾地区“司法院”编：《行政诉讼论文汇编》（1998），第 167 页。

〔59〕 [日] 盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社 1999 年版，第 230 页。

〔60〕 王锡锌：《行政过程中相对人程序性权利研究》，《中国法学》2001 年第 4 期。

认识并没有多大错误,但是将其置于一个特定的国家或者社会中,它的判断未必能够成立。“程序规定通常用以确保行政处罚内容之正确,本身并无绝对之价值。程序上有瑕疵之行政处罚,其实质内容如符合法律规定,应无须与内容违法之行政处罚,作相同之处理。”〔61〕在“违反法定程序”的行政行为如何处理的问题上,有学者认为:“对程序的严格要求是出于法治原则的考虑。不论行政机关违反法定程序导致何种结果的产生,人民法院都应判决撤销。”〔62〕此言总体无大错,但是,在实务中却是相当可疑的,如本文所引的案例8。〔63〕

(三) 本文初步的结论

笔者不否认法律程序除了具有“工具价值”之外,还有自身独立的价值。但是,如同一个人必须先解决温饱问题之后,才有可能去从事其他活动一样,在行政行为“违反法定程序”时,可能首先需要关注的是行政相对人的实体法上的权益是否受到损害,虽然笔者也不反对因时局(至少今后一段时间内)或者个案的需要张扬一下法律程序独立价值。本文的初步结论是:

1. 认定标准。法律、法规和规章规定的程序为“法定程序”;在没有“法定程序”情形时,可引入正当程序之理论辅助判断之。

2. 判决方式。在认定行政行为违反法定程序之后,法院首先应当考虑“是否损害行政相对人的合法权益”之因素,并作出相应的判决:

(1) 撤销判决。适用于被诉行政行为违反法定程序,损害了行政相对人的合法权益之情形。在是否允许行政机关重作行政行为问题上,如不涉及国家利益、公共利益或者第三人合法权益时,法院应附带判禁止重作。〔64〕必要时,法院如果需提升一下法律程序的价值,在被诉行政行为违反法定程序,且不损害行政相对人的合法权益时也可适用本判决。

(2) 确认判决。适用于被诉行政行为违反法定程序,损害了行政相对人的合法权益,但如撤销被诉行政行为,将可能损害国家利益、公共利益之情形。对于因被诉行政行为严重违法致使其构成行政行为无效的,也可适用本判决。

(3) 驳回诉讼请求。被诉行政行为违反法定程序,但不能适用撤销判决、确认判决的情形,适用本判决。

Abstract: According to the Administrative Litigation Law in 1989, violation of legal process is one of the legal grounds for courts to annul a specific administrative act. As to the interpretation of “legal process”, there are four theories. One theory argues that, only laws and regulations of State Council can stipulate legal process. Another thinks that regulations of local governments can also stipulate legal process. The third theory argues that legal process can also come from the Constitution Law, but the fourth theory thinks that legal process means significant process, no

〔61〕 陈敏:《行政法总论》,台湾新学林出版有限公司2007年版,第419页。

〔62〕 前引〔54〕,林莉红书,第201页。

〔63〕 如在黄官清等37人诉宁波市国土资源局一案中,法院认为:“上诉人对被诉行政许可行为程序提出的异议成立,但因本案房屋拆迁许可,是在拆迁地块已经被浙江省人民政府批准征用,转为建设用地的情况下发生的,涉案地块上的房屋及其他地上附着物被拆迁的事实已经无法逆转,且被拆迁房屋等建筑物之损失可以通过其他途径依法得到补偿,被诉具体行政行为程序不当对被拆迁人的权益不造成实质性的损害。鉴于此,本院认为,该程序问题尚不足以撤销被诉具体行政行为。”浙江省高级人民法院《行政判决书》(〔2005〕浙行终字第31号)。

〔64〕 有学者提出的解决方案是:“第一、我国实定法提供的解决方案——‘当即撤销’+‘允许重复’这个大原则的基础上,根据行政程序本身的宗旨和对法定程序加以区分,总体上是比较稳妥的、合理的;第二、建议在‘当即撤销’+‘允许重复’并导入中间判决的判决方式。”前引〔32〕,王天华文。

matter where it originates.

As to the legal effect of a specific administrative act violating legal process, there are also three different views, that is, the theory of invalidity, the theory of voidable and the theory of distinction. In perspective of no evitable corresponding relations between process violation and substantive disposal, “the theory of distinction” distinguishes different situations of process violation, which means that the legal effect of process violation is not the same and different disposals should be done according to concrete situations.

In the classic cases relating to the violation of legal process in the Bulletin of the Supreme People’s Court, there is relatively a large gap between the reasons and texts of judgments and the stipulations and interpretations of the Administrative Litigation Law. In several classic cases, courts depend on “due process” for judgment when no legal basis can be pursuant to. Such practices have played a positive role in promoting the idea of due process in administrative organs. However, the factual effect of the classic cases as “reference” or “guidance” may be extremely limited. Normative meaning of “violation of legal process” is often uncertain, and it will not be ascertained until the balance of interests in cases.

According to the theory interpretations and judicial practices, this article thinks that, legal process can be stipulated by laws as well as regulations of State Council and of local governments. Where there is no such legal process, courts can resort to “due process” for judgment. When a specific administrative act violates legal process, courts should mainly consider whether the administrative act has damaged the administrative counterpart’s substantial legal interests, and distinguish various circumstances to annul the administrative act, confirm the administrative act or dismiss the claim.

Key Words: legal process, due process, administrative litigation
