

司法判决对正当程序原则的发展

周佑勇^{*}

内容提要 正当程序作为行政法上的一项基本原则,已得到我国理论界的普遍认同。然而理论的发展并不意味着法院在司法审查中可以直接适用正当程序原则判案。面对法无明文规定时,法院在司法裁判中适用正当程序原则的正当性难题在所难免,且经常性地面临着审查程度的困境。但是,透过从“田永案”“张成银案”到新近“于艳茹案”等典型案例裁判的观察,可以看到近30年来,通过一次次司法判决的重大推动,正当程序原则在我国得以新的不断发展。不仅法院适用正当程序原则的正当性基础经由“程序法定”发展到“程序正义”的新表达,而且司法适用的程度也已从形式审查迈向实质审查,同时其适用方式也从单纯的“法官造法”步入案例指导制度,从而极大地推动了正当程序原则适用的制度化发展。

关键词 正当程序原则 正当性基础 司法审查程度 案例指导制度

引言

在我国,自1989年《行政诉讼法》第54条明确采用“法定程序”伊始,正当程序原则的轮廓逐渐被立法者所勾勒出来。^①为了与其保持衔接,立法者以区分行政行为的类型为进路,依次完成了《行政处罚法》《行政许可法》与《行政强制法》的制定。这三部法律除原则性地规定行政机关应当依照法定程序作出行政行为之外,还对行政程序的正当性作了进一步的要求。^②值得一提的是,2004年国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》明确提出“程序正当”一词,这也是政府首次对自身提出的正当程序方面的基本要求。另外,在地方立法层面,自2008年湖南省制定《湖南省行政程序规定》以来,部分

* 东南大学法学院教授,博士生导师。

① 2014年全国人大常委会表决通过了《行政诉讼法》的修改。修改后的《行政诉讼法》关于违反法定程序之规定已改为第70条。为保持一致,本文在对2014年前的案例介绍中仍使用1989年的规定。

② 具体法条详见《行政处罚法》第3条、第42条,《行政许可法》第4条、第46-48条,《行政强制法》第4条、第18条以及第35条。有学者指出,《行政处罚法》第一次在中国的成文法中明确规定了行政机关的告知义务和听证程序,对中国行政程序法体系的形成与发展具有里程碑式的意义。参见[德]Robert Heuser《中华人民共和国行政程序上权利的萌芽》,吴信华译,载《当代公法新论》,台湾地区元照出版有限公司2002年版,第542页。

省市地区也相继出台统一的“行政程序规定”,其中对程序的正当性都作了较为具体而细致的规定。然而,由于缺乏统一的、专门性的行政程序法典,关于行政程序之规定又多散见于行政规章以及规范性文件之中,由此产生的问题是我国现有法律位阶体系难以满足正当程序原则的要求,仅有的《行政处罚法》等法律法规也不能完全覆盖行政程序面向上的具体问题。申言之,我国行政程序立法还没有建立起能够统一适用的正当程序原则和制度,现有的制度设计也远未体现出行政程序能够独立对抗行政权的内在价值属性,与程序法治的价值目标及程序正义的要求仍相距较远。^③不过,在行政程序立法方兴未艾的今天,我们似乎从司法实践中看到正当程序原则生长的另一条路径,即法院在个案中不断创造适用正当程序的规则,试图推动正当程序原则获得新的发展。

尽管我国的法律体系尚未构建起能够在司法实践中普遍适用的正当程序原则和制度,但是大量的实例证明,自1989年《行政诉讼法》第54条明确提出法院有权撤销违反法定程序的具体行政行为以来,法官已经在“法定程序”的名义下创造性地运用正当程序原则判案。从1999年“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”(以下简称“田永案”)一审中的若隐若现,到2004年“张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”(以下简称“张成银案”)的首次登场,无不昭示着正当程序原则逐渐被我国司法实践所接受,也彰显出法官在裁量权限范围内的能动主义姿态。然而,法院在进行司法审查时,实际上是通过法律解释的方法进一步扩宽“法定程序”的审查范围,相当于在“法定程序”之外提出正当程序的要求。法官在个案中创造规则即“法官造法”的行为,在我国既不是判例法国家,且法律并没有明文规定正当程序原则的情况下,引发了不少的争议和担忧。

截至2018年10月,笔者在北大法宝司法案例库中共搜索到900余份行政诉讼判决中出现“正当程序”一词,其中有52份行政诉讼判决书争议的焦点是适用正当程序的正当性问题。尽管经由一系列行政案件的判决,已经逐渐呈现出正当程序原则的若干规范轮廓,不过遗憾的是,法院在之前的众多判决中既未对为何引入正当程序作出完整的、详尽的说明,也没有对正当程序的正当性作进一步的解释,直到2017年“于艳茹诉北京大学撤销博士学位决定案”(以下简称“于艳茹案”)的出现改变了这一境况。可以说,在“于艳茹案”中,法院再次将正当程序原则引入司法判决中,使得正当程序原则从形式到内容都得到了极大的发展,不仅限制了行政机关裁量的恣意性,保障了行政相对人的合法权利,同时也进一步明确了正当程序原则的正当性基础,推动了正当程序原则适用的深入。对此,本文透过从“田永案”“张成银案”到“于艳茹案”等个案的观察,拟就正当程序原则如何通过司法判决的个案推动而得以新的不断发展,做些初步探讨。

^③ 参见张步峰《正当行政程序研究》,清华大学出版社2014年版,第213页。

一、正当性基础:从程序法定到程序正义

正当程序原则作为从程序方面对行政裁量的控制,直接体现法治政府对行政权力公正行使的最低限度,从而成为行政法上的一项基本原则。“法条有尽,事情无穷,立法者为每一种详细的事态制定精确的法律是不可能的”,^④所以当成文法有漏洞而导致明显不公时,隐幕后法律原则就开始走到前台,其通过自身的弹性规定授予司法者广泛的价值判断空间,并赋予法官在必要时运用原则填补漏洞的能力。

从法理来说,正当程序原则作为行政法的基本原则,与具体的法律规范一样具有法律效力,法院在进行司法审查时可以也应当予以适用。然而在我国这样一个固守成文法的国家,正当程序原则在理论上的确立并不意味着法院在司法实践中可以自动地适用该原则裁判案件。那么,这里首先需要追问的是,在法无明文规定的情况下,作为一个非判例法的司法制度体系,法官创造性地适用正当程序原则进行个案的裁判,其正当性何在?这无疑需要在其理论成熟的前提下,突破现有法律解释体制上的禁锢。对此,透过个案的观察,我们可以发现,法官在司法裁判中经历了从早期对程序问题的“附带提及”到固守“法定程序”而做扩大解释,再到超越“程序法定”的法理解释这样一个逐步发展过程,从而最终确立了“程序正义”作为适用正当程序原则的正当性基础。

(一) 被附带提及的程序问题

有学者曾经统计过1989年《行政诉讼法》生效的前15年里,在行政撤销判决中,法院援引“违反法定程序”条款的判决不足三成,而以该条款作为唯一判决依据的仅占撤销判决总数的十分之一。^⑤根据当时的传统观念,“法定程序”通常只能被理解为成文法上的含义,而成文法往往又缺乏具体的程序性规定,因此这一条款很少被运用到司法实践之中。显然,在我国这样一个有着悠久“重实体、轻程序”法律传统的国度,除非行政机关有明显的实体违法行为,否则在法无明文规定具体程序的情况下,法院很难适用“法定程序”条款审查行政机关的行为。如1991年“陈迎春不服离石县公安局收容审查决定案”(以下简称“陈迎春案”)中,法院认为公安机关将明显不属于收容审查对象的原告进行收容审查的行为存在严重的实体违法。同时法院认为公安机关的收容审查行为,在“执行程序上也是违法的”。^⑥显然,法院在认定公安机关的行为属于“适用法律、法规错误”时,已经足以判决撤销公安机关所作出的收容审查决定,程序违法问题只不过是在对实体违法进行认定之后,才被附带提及的问题。该案可以说是《最高人民法院公报》中第一次出现涉及行政程序问题的判决,透过案件的判决,可以发现法院已经开

④ [美]罗斯科·庞德《通过法律的社会控制:法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第97页。

⑤ 参见何海波《司法判决中的正当程序原则》,载《法学研究》2009年第1期。

⑥ 具体案情参见沈德咏主编《最高人民法院公报案例汇编:行政及国家赔偿卷(1985—2015)》,人民法院出版社2016年版,第264-266页。

始承认程序违法也是违法的观点。不过从法院的判决中不难发现,即便是《行政诉讼法》已经作了“法定程序”的规定,但是在法律缺乏具体的程序规定时,程序问题往往难以被独立运用到司法实践之中。

这一境况随着《行政处罚法》《行政许可法》以及《行政强制法》等三部行政程序支架性法律的出台而有所改观。1996年颁布的《行政处罚法》不仅首次规定了行政机关的告知义务,而且将作为正当程序原则核心要求的听证程序引入行政处罚领域。随后于2004年施行的《行政许可法》则旨在通过行政程序制约行政审批权,不仅关于程序性规定的条文数量大幅增加,而且在内容上更加全面。2011年《行政强制法》更是把行政程序作为重点,比较系统地规定了听证、告知、说明理由等正当程序制度。上述三部程序性法律的出台,为法院适用“法定程序”条款审查行政机关的行为提供了实体法上的依据。如“广州市越秀区世通通讯设备公司不服广州市人民政府行政复议决定上诉案”中,^⑦法院认为,《行政处罚法》明确规定了行政机关的告知义务,但是市工商局在作出行政处罚决定前并未告知保龄球馆公司作出处罚决定的事实、理由及依据,也未告知保龄球馆公司依法享有的权利,据此,广州市政府作出“市工商局的处罚决定违反法定程序”这一复议决定是合适的,应予支持。此时的法院严守成文法上的程序性规定进行案件的裁判,并未超出“法定程序”范围之外提出正当程序的要求。显然,法院对行政机关“违反法定程序”行为的审查是建立在现有法律明文规定基础上的,法官很难突破成文法的规定创造性地运用正当程序原则进行个案的裁判。

(二) 法无规定时正当程序原则之适用及其正当性求解

《最高人民法院公报》上登载的“田永案”,是正当程序原则在中国司法实践中的一个里程碑式的案件。在没有明确成文法依据的情况下,该案法院判决中所表述的“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”^⑧,明确地表达了“正当程序原则”的核心要求——公平听证,即行政机关在作出对当事人不利的决定时,必须听取当事人的意见。这一点在2014年该案被遴选为最高人民法院指导案例之后,又得到一定程度的强化。^⑨回溯该案的一审判决,虽然受限于当时的客观条件,法院并没有旗帜鲜明地提出正当程序原则一词,然而从判决书中不难发现正当程序原则在司法实践中的轮廓。这一点在“刘燕文诉北京大学学位评定委员会案”^⑩(以下简称“刘燕文案”)中也表现得尤为明显。从“田永案”到“刘燕文案”,尽管法院并没有明确地提出正当程序原则,然而它从“田永案”的无人问津到“刘燕文案”中的激烈交锋,从“田永案”几乎无意识地一句话,到“刘燕文案”有意识地运用,我们似乎看到在司法实践的推动下法官超出“法定程序”之外适用正当程序原则判案的缩影。经过司法判决的不断推动,在“张成银案”

⑦ 广东省高级人民法院(1999)粤高法行终字第33号行政判决书。

⑧ 《最高人民法院公报》1999年第4期。

⑨ 在最高人民法院发布的指导案例38号“田永案”的裁判理由中,对正当程序原则进行了直接的表述。

⑩ 北京市海淀区人民法院(1999)海行初字第103号行政判决书。

中,“正当程序”一词被首次写入了判决书。^⑪针对徐州市人民政府的抗辩,法院给出了直接有力的回答,《行政复议法》虽未明确要求复议机关必须通知利害关系人参加复议,不过根据正当程序原则的要求,在作出对利害关系人不利的行为时,也应当通知其参加复议。据此法院认定徐州市人民政府的行为构成“严重违反法定程序”。在法律没有明确规定该程序的情况下,法官在判决中不仅大胆地使用“正当程序”一词,而且直接明了地表达了对公平听证的要求,进一步推动了正当程序原则在司法实践中的适用。

当然,法院创造性地适用正当程序原则进行个案的裁判,其实就是一种“法官造法”。这在非判例法的中国,显然是不允许的。因此,自“田永案”开始,当法院的审查超出“法定程序”之外提出行政程序的正当性要求时,就遭遇到对适用正当程序原则正当性的质疑。1999年“湖北龙豪娱乐有限公司与武汉市城市规划管理局行政纠纷案”(以下简称“龙豪案”)中,最高人民法院认为“限期拆除违法建筑”的行政处罚不属于《行政处罚法》规定的必经听证程序的范围,规划局虽未告知龙豪公司申请听证的权利,但并没有违反《行政处罚法》的有关规定。^⑫无论是“田永案”“刘燕文案”亦或是“张成银案”,当时的法律法规乃至规范性文件都没有对裁判理由中提到的程序要求作出具体规定。显而易见,法院已经超出“法定程序”的审查范围,在现有成文法之外,提出了“正当程序原则”的要求。如果严格依据法律的规定,“张成银案”中被告提出的辩护理由似乎也不无道理,《行政复议法》并没有规定复议机关应当通知第三人参加行政复议,而法院却在法无明文规定的情况下依然要求行政机关根据正当程序的要求通知当事人参加复议。于是,正当程序原则适用的正当性问题由此而来,备受人们反复追问和质疑的是,“在没有明确的成文法依据的情况下,法院能否运用正当程序原则来审查行政行为的合法性?”^⑬

为回应适用正当程序原则的正当性质疑,法院开始从保障当事人的实体权益出发来推导正当程序的核心内容,这一点在“田永案”中已初现端倪。该案主审法官承认判决书中提到的程序要求并没有明确的成文法依据,之所以如此裁判是出于保障人权的需要,而《最高人民法院公报》也是出于实体权益保护的需要才刻意突出程序的重要性,以期使其成为一项普遍适用的规则。在“彭淑华诉宁波市中级北仑区金鑫金属材料有限公司工伤行政复议案”(以下简称“彭淑华案”)中,^⑭针对北仑区政府未通知彭淑华参加行政复议的行为,法院认为虽然《行政复议法》并没有直接规定复议机关必须履行通知第三人参加行政复议的义务,但是被告的撤销决定,直接影响原告的实体权益,应当通知其参加复议,被告未通知其参与复议的行为属于程序违法。法院超出“法定程序”的要求撤销行政机关的复议决定,其中最为主要的理由也是强调对当事人实体权益的保护。跟该案一样,大部分案例的判决书也都有类似如“从充分保障当事人权益的原则

⑪ 江苏省高级人民法院(2004)苏行终字第110号行政判决书。

⑫ 最高人民法院(1998)行终字第4号行政判决书。

⑬ 何海波《正当程序原则的正当性——一场模拟法庭辩论》,载《政法论坛》2009年第5期。

⑭ 浙江省宁波市人民法院(2006)甬镇行初字第3号行政判决书。

出发”的表述,由此可知在没有具体成文法依据的情况下,法院明显将行政程序作为保障当事人实体权益的工具。申言之,法院期望通过强调正当程序的工具性价值来获得适用正当程序原则的正当性基础,这也是在法律解释机制特别是宪法解释机制虚置的情况下,面对法律明文规定上的欠缺,法院为了规避诘难不得已采取的解决对策。

然而,这种将正当程序视为保障当事人实体权益工具的做法并没有彻底解决适用正当程序原则的正当性问题。一方面,法院并不能合理解释如何由保障当事人的权益推导出正当程序的适用;另一方面,法院也只是将正当程序原则的适用局限于说理环节而不能直接作为判决的依据。正因为如此,“法官释法”采取的策略通常仍然是以“违反法定程序”的方式来替代正当程序原则的适用。在法官看来,法定程序的“法”应当做扩大解释,不应仅仅理解为法律、法规和规章的具体规定,还应当包括“正当程序”等法律原则的一般要求。所以,违反正当程序原则也属于违反法定程序。多数案例中都是援引“违反法定程序”标准而使得“正当程序”作为司法审查的一个标准获得了支持和创造性地运用。在“张成银案”中,法院就认为违反正当程序原则属于“严重违反法定程序”。

(三) “于艳茹案”对正当性问题的新表达及其裁判说理

显然,正当程序原则适用的正当性,并不能通过程序工具主义价值理论来获得,也不能局限于“程序法定”的解释。因为正当程序作为对当事人最低限度的程序保障,它的正当性不是来源于实体结果或其他,而是来源于程序本身的价值即程序正义。这一点直到“于艳茹案”才得以被法官直接明了地表达出来。

于艳茹系北大历史学专业博士生,已经完成学业并顺利取得博士学位。2015年1月,由于学校认为其之前发表的资格论文存在严重抄袭的现象,于是作出撤销她博士学位的决定。对于学校的撤销决定,于艳茹表示不服,并向北京市海淀区人民法院提起诉讼。与“刘燕文案”一样,“于艳茹案”一、二审都是将争议焦点放在了程序违法的问题上,这也从一个侧面证明程序问题已经能够独立于实体问题而成为撤销判决的关键理由。一审法院认为,虽然现行的法律并没有具体规定撤销学位的程序,但作出的撤销决定事关当事人的实体利益,北京大学应当遵循正当程序原则,在充分听取相对人的陈述和申辩的前提下作出撤销的决定。^⑮从一审判决来看,该案的判决并没有超出正当程序原则个案适用的固定模式,其并未就适用正当程序原则的正当性理由作出说明,也未能说明如何从保障当事人的权益出发推导出正当程序原则的适用。为此,北京大学不服提起上诉,直接提出了法定程序之外的程序正当性问题,认为“没有相关法律规定,学校在作出撤销学位决定之前必须听取当事人的陈述与申辩”,所以法院不能据此认定学校的行为违反法定程序。针对北京大学提出的行政程序的正当性问题,二审法院围绕被

^⑮ 参见北京市海淀区人民法院(2015)海行初字第1064号行政判决书。《行政诉讼法》于2014年修改后,违反法定程序条款从原法第54条变为修改后的第70条。

诉行为是否应当适用正当程序原则进行了裁判说理。^{①⑥}

首先,法院直接就正当程序原则的核心要义作了说明,即“作出任何使他人遭受不利影响的行使权力的决定前,应当听取当事人的意见。”正当的行政程序原则,强调的是行政权力的运行必须符合最低限度的程序公正标准,其中最为核心的要求就是公平听证权。^{①⑦}顾名思义,公平听证意味着行政机关作出行政行为时负有听取当事人意见的义务,特别是在作出不利于当事人的行为时,必须听取当事人的陈述和申辩,不能片面认定事实,剥夺当事人陈述和申辩的权利。

其次,法院正面回答了超出法定程序范围之外正当程序的适用问题。法院认为,正当程序原则作为最低限度的程序保障标准,只要现行的法律没有明确排除,行政机关都必须遵守。即便法无明文规定,行政机关也应该遵守最基本的正当程序原则。为此,法院以一种十分坚定的语气表达了这一点,即“对于正当程序原则的适用,行政机关没有自由裁量权。”行政机关拥有一定的裁量权,是充分调动行政权的积极性和能动性,从而实现从形式法治走向实质法治的必然要求,但这并不意味着行政机关拥有的裁量权是完全自由不可控的,恰恰相反,法治的实现要求法律应当控制行政机关裁量权的行使。^{①⑧}因此,承认法律对行政裁量的限制是实现实质法治的必然要求,而行政程序是从内部对行政裁量进行限制的一种重要方式。正当程序原则要求行政裁量在行政程序方面必须符合法治所要求的程序正义观念,行政程序的价值在于程序本身的正义,在可能使当事人的权益遭受不利后果的行政活动时,不能仅仅关注结果的有效性,同时也要确保结果据以形成的程序本身是正当的。因此,行政机关对于正当程序原则的适用没有自由选择的空间,其行为必须符合最基本的公正程序规则。

最后,针对在法无明文规定时,行政机关履行正当程序原则的方式,法院给出的回答是,在成文法没有对行政程序作出具体的规定时,行政机关可自主选择履行正当程序标准的方式。一方面,法院再次强调正当程序原则的重要性,即便没有明确的成文法规定,行政机关也应该自觉遵守正当程序的基本要求。另一方面,在法无明文规定时,行政机关可以灵活选择实现正当程序的具体方式。总而言之,行政机关在适用正当程序原则方面,没有自由裁量的空间,只是在履行方式上有所选择的余地。

(四) 作为正当性基础的程序正义理论之确立

基于以上分析,从“陈迎春案”中程序问题的悄然出现,到“田永案”中核心要义被附带提及,再到“张成银案”中的正式登场,最后到“于艳茹案”的说理释义,可以发现法官运用正当程序原则背后的逻辑进路。

在“于艳茹案”之前,面对来自各方对适用正当程序原则正当性的质疑,法院从保障当事人的实体权益出发,并通过对“法定程序”进行扩张解释的方法,试图为超出法定程

^{①⑥} 参见北京市第一中级人民法院(2017)京01行终277号行政判决书。

^{①⑦} 参见周佑勇《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第248页。

^{①⑧} 参见周佑勇《行政裁量治理研究——一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版,第26页。

序范围之外对行政机关的行为提出程序正当的要求提供依据。然而必须注意的是,这种将行政程序视为附属于实体权益的工具主义回答并不能化解适用正当程序原则的正当性质疑,这一点从法院的判决中便可知一二。法官在适用正当程序原则进行案件裁判时总是显得不那么理直气壮,很少正面提及适用正当程序的正当性问题,多在法定程序的名义下,加塞正当程序的要求。

从正当程序的附属性而言,法院超出法定程序范围之外提出正当程序要求的正当性问题似乎无法得到令人完全信服的回答。因为在程序工具主义看来,法律程序并不是一种独立存在的制度,它仅仅是用来实现某种实体或结果的技术性手段或工具,如果抛开实体结果,程序并没有“任何可以在其内在品质上找到合理性和正当性的因素”^①。既然程序工具主义已经从根本上否定了行政程序独立存在的正当性,那么自然也不能寄希望于其能够为法院适用正当程序原则的正当性提供强有力的依据,而必须最终归结于程序本身的价值即程序正义理论。

从语义上分析,正当性的基本内涵是人们的心理认同,亦即以社会上绝大部分人对非损他行为的肯定性评价为依据。^②在法学中对正当性问题的讨论往往等同于对正义的追问,简而言之,论证程序的“正当性”问题,实际上主要讨论的是该种程序是否符合正义的要求,并且“合理”的问题。显而易见,正当程序原则是程序正义对行政权的正当行使所提出的最基本的程序性要求。

根据程序正义理论,程序并不只是用以实现实体结果的手段,其本身具有独立于实体结果的某种内在价值,那么行政程序作为法律程序的一种,同样具有独立于实体之外的内在正义价值,这种行政程序本身的正义,并不取决于通过该程序所产生的实体结果如何,相反,程序的正义甚至决定着实体结果的正当性,是实体公正的基本保障。^③因此,行政程序本身存在的这种正义价值,要求行政程序是一种正当的,并对行政权力的行使施加最低限度的程序公正标准。

基于此,在“于艳茹案”中,这次法院没有像以往一样选择回避适用正当程序原则的正当性问题,而是在裁判说理环节作出十分明确的回答。法院公开而直白地指出,即使法律中没有明确的程序规定,基于程序本身的独立价值即程序正义,行政机关也应当受最基本的正当程序原则的约束。这标志着在法无明文规定时,程序正义理论作为正当程序原则适用的正当性基础在我国司法裁判中的正式确立,由此也为法院通过判决发展正当程序原则提供了法理上的正当性论证。

^① 陈瑞华《程序价值理论的四个模式》,载《中外法学》1996年第2期。

^② 参见张恒山《法理要论》(第3版),北京大学出版社2009年版,第114页。

^③ 参见周佑勇《行政程序的正当性与正当的行政程序原则》,载《公法研究》2004年第1辑。

二、司法审查程度:从形式审查迈向实质审查

正当程序是个灵活的概念,法院的适用模式虽然可能千差万别,不过其中最为核心的要求却是一致的。^②在理论或学说上,针对正当程序的具体内容和实质要求,都已作过有益的探讨,但并未达成一致。^③对此,笔者认为,正当程序原则作为最低限度的程序正义,其中最为核心的要求应该是程序参与,而正当的行政程序作为对当事人最基本的程序保障,也需要达到程序正义的实质性要求。王名扬先生也认为,正当的行政程序最为核心的要求是“一切权力的行使剥夺私人的生命、自由和财产时,必须听取当事人的意见,当事人具有要求听证的权利”^④。在美国,法院在不同语境下判断正当程序的具体内容虽有不同,不过公平听证的出现频率更高,有的法官更是将正当程序的实质性内容定位于公平听证。另外,告知、说明理由等也与听证出现的频率相当。台湾地区有学者将行政法中的正当程序归纳为四项要素即公正作为义务、受告知权、听证权以及说明理由义务。^⑤概而言之,行政法上的正当程序原则保障的是行政相对人的程序参与权,它是以公平听证为核心,再辅之以告知、说明理由等为主要内容的实现最低限度的程序正义的基本要求,强调的是受行政行为影响的利害关系人有权参与到行政行为形成的过程中,能够充分表达自己的意见,从而对行政行为的形成发挥有效作用。在这一点上,透过大量司法个案的分析,我国法院也经历了从形式审查到实质审查这样一个审查程度不断深入的探求过程。

(一) 局限于法条明文规定的形式审查

“陈迎春案”作为我国最早一批在司法审查中涉及程序问题的行政案件,从中我们可以一窥早期的司法实践中适用正当程序原则的程度情况。该案中,针对离石县公安局先决定收容审查,然后再让陈迎春在传唤书上签名的行为,法院认为行政机关的执行程序是违法的。显而易见,行政程序的合法性已经开始得到了司法审查的关注,不过由于受主客观条件的限制,此时的法院对于正当程序的关注还停留在表面,仅仅关注到的是行政机关先收容后传唤这一顺序颠倒的问题,其中更实质性的程序问题并没有被提出来。例如,该案中,公安机关在未出示传唤证的情况下强行将陈迎春进行收容审查,随后才让其在传唤证上签名,且在两日后方将通知书送达家属。根据正当程序原则的要求,公安机关在作出对当事人不利的决定时,必须听取当事人的意见,而公安机关的行为恰恰是剥夺了陈迎春获取公平听证的权利。可惜的是,法院的审查还停留在表面的顺序问题上,并未关注到相对人参与权被剥夺这一实质性问题。

^② See John A. Adnreus ed, *Human Rights in Criminal Procedure: a Comparative Study*, Hague: Martinus Nijhoff Publisher, 1982. p265.

^③ 参见徐亚文《程序正义论》,山东人民出版社2004年版,第196-221页。

^④ 王名扬《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第383页。

^⑤ 参见汤德宗《行政程序法论——论正当行政程序》,台湾地区元照出版有限公司2005年版,第9页。

随着《行政处罚法》等法律法规的出台,司法实践中正当程序原则的适用程度开始有所加深。如“平山县劳动就业管理局不服税务行政处理决定案”(以下简称“平山县劳动局案”)就证明了这一点。^{②⑥} 不过,此时的法院对行政行为的审查严格建立在“法定程序”范围之内,其审查模式主要是形式审查,像“平山县劳动局案”那样,严格对照成文法中的程序性规定,审查行政机关的行为是否违反法律明确规定的程序。^{②⑦} 显然,法院对行政程序问题的审查还是严格依照法条的明文规定为准,基本上没有突破形式审查的框架。相反,在法条没有明确对某一程序作具体要求时,即便是该行为对当事人的切身利益产生很大的影响,法院也很少突破成文法的要求进行实质审查。如在“龙豪案”中,虽然龙豪号餐船被认定为违法建筑,但是拆除该船毕竟是事关当事人重大利益的行为,规划局也应该充分听取当事人的意见,但是由于“限期拆除违法建筑”的行政处罚不属于法律规定的必须听证程序的范围,法院不予认定该行为违法。更有甚者,即便是上位法已经原则性地规定了程序性要求的情况下,但是由于该要求缺乏下位法的具体规定,法院也不认为该行政机关必须履行该程序,如“乔占祥诉铁道部铁路旅客票价管理案”(以下简称“乔占祥案”)便是如此。^{②⑧} 该案中,法院认为虽然《价格法》第23条确实规定了听证制度,^{②⑨}但是铁道部在作出《2001年春运期间部分列车价格上浮》决定时,国家尚未建立相应的听证会制度,故铁道部未举行听证不存在违反法定程序的问题。显然,此时法院的审查仍然局限于行政行为是否符合法定的程序上,甚至可能出现“有法不依”的情形,并未突破现有成文法的框架进行实质性的审查。如在“龙豪案”中,虽然《行政处罚法》并没有明确规定“限期拆除违法建筑”的处罚属于听证的范围,但是根据正当程序所要求的最低限度的程序公正标准,涉及相对人切身利益的不利行为作出时,也应当举行听证,给予相对人陈述意见的机会。^{③⑩}

(二) 部分触及正当程序的实质性要求

结合前文,透过从“田永案”“刘燕文案”到“张成银案”等个案的分析,可以发现正当程序的适用程度在不断的加深,法院的司法审查逐步突破“法定程序”的禁锢,开始实质性地审查正当程序的核心要求——公平听证。无论是“田永案”还是“张成银案”都在一定程度上表明法院对正当程序原则的适用已经超出了“法定程序”的范围,将正当程序的公平听证要求融入到了裁判说理之中。即虽然法律没有明确的程序性规定,但是行政机关在作出不利的决定时,负有听取相对人意见的义务。基于此,法院在缺乏具体的程序规定情况下,依然认定行政机关的行为违反法定程序。

^{②⑥} 具体案情参见前引⑥,沈德咏主编书,第285-287页。

^{②⑦} 在“平山县劳动局案”中,法院认为“依照《行政处罚法》第31条、第41条之规定,地税局违背该法规定的程序,构成程序违法。”

^{②⑧} 参见北京市高级人民法院(2001)高行终字第39号行政判决书。

^{②⑨} 《中华人民共和国价格法》第23条“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,应当建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性。”

^{③⑩} 参见前引②⑤,汤德宗书,第33页。

除此之外,法院也开始关注除公平听证之外的正当程序要求。如在“昆明威恒利商贸有限公司与昆明市规划局、第三人昆明市盘龙区人民政府东华街道办事处行政处罚纠纷案”中,就提出了对告知的要求。^{③①} 该案中,法院认为,根据《行政处罚法》的规定,昆明市规划局在作出“限期自行拆除违法建筑”的处罚决定前,应当履行告知义务,而昆明市规划局既没有告知当事人作出处罚决定的事实、理由及依据,也没有告知其享受的救济途径,属于程序违法。而在“启东市机关液化气有限责任公司诉启东市住房和城乡建设局城建行政处罚案”(以下简称“启东液化气公司案”)中,法院提出了行政机关负有说明理由义务的要求。^{③②} 该案中,法院认为,根据《行政处罚法》的规定,行政机关作出处罚决定前,必须向当事人说明作出决定的事实和法律依据,并且“说明理由应达到充分、明确、合乎逻辑的要求”,但是启东住建局并没有充分说明理由。通过这两则案例,我们发现法院适用正当程序原则的程度开始进一步加深,开始提出告知和说明理由的要求。特别是在“启东液化气公司案”中,面对行政机关没有进行充分的解释说明,法院明确提出说明理由应该“充分、明确”。当然,我们也发现法院在个案中对行政机关提出告知与说明理由的要求,是建立在“法定程序”的基础之上,依据现行法律的程序规定对行政机关的行为进行审查,在突破“法定程序”进行实质审查方面还有待加强。如在“张爱玲与社旗县人民政府行政撤销案”(以下简称“张爱玲案”)中,^{③③} 针对原告提出的行政机关告知未充分的问题,法院在认定行政机关未充分告知听证的事由及依据的情况下,依然认定行政机关的决定程序合法。法院据以裁判的理由有两点:其一,被告的行为符合正当程序最低限度的要求。被告在作出决定前已经履行了告知义务,通知原告参加了听证。其二,现代法治意义上的程序并没有明确要求在依法纠错情况下作出行政行为的程序,被告在听证会之前未事先告知当事人听证的事由及依据,并没有违反法律的强制性规定。从形式审查的视角,被告的行政行为似乎是符合正当程序要求的,在作出决定前既履行了告知义务,听证会上也给予了原告陈述意见的机会。然而从实质审查而言,被告未充分告知拟听证的事由和法定依据,严重影响了原告意见的充分表达。该案中,法院的裁判仅仅是满足了正当程序形式上的要求而漠视了其质的要求。它这里讲的“正当程序”,恰恰是对正当程序最令人遗憾的背离。

(三) “于艳茹案”的新发展:迈向真正的实质审查

我们已经看到,司法实践中正当程序原则的适用程度虽然有所加深,法院在个案裁判中由严格依据“法定程序”的形式审查逐渐转向实质审查,但是通过对“张爱玲案”等案件的分析,我们也发现正当程序原则在司法判例中的适用程度还不够深入。法院的审查虽然已经部分触及正当程序的实质性要求,但是并没有就此作更深入的实质审查。而“于艳茹案”的出现则有效地弥补了这一缺陷,进一步推动了正当程序原则的适用程

^{③①} 参见最高人民法院(2008)行终字第1号行政判决书,载《最高人民法院公报》2009年第10期。

^{③②} 参见江苏省南通市中级人民法院(2016)苏06行终602号行政判决书。

^{③③} 参见河南省高级人民法院(2015)豫法行终字第00521号行政判决书。

度由形式审查迈向真正的实质审查。该案中,针对一审法院认为北京大学在作出被诉决定前未充分听取于艳茹的陈述和申辩,故认定该决定有违正当程序原则的判决,北京大学提出上诉称,在作出被诉决定前,已经约谈过于艳茹,并给她提供了充分陈述与申辩的机会。况且法律也没有明确规定,必须向当事人说明其学位可能被撤销的后果。为此,二审法院从实质审查的角度出发,围绕被诉行为的程序是否真正符合正当程序原则问题展开了裁判说理,并由此提出了必须到达三个方面“充分”的标准,有力地拓展了适用正当程序原则的深度。

其一,当事人程序权利的保障要“充分”。

法院指出正当程序原则所要保障的基本内容,即行政相对人的程序参与权,受行政权力运行结果影响的利害关系人有参与行政行为的过程之中,表达自己意见的权利,且这种程序权利必须得到充分保障。行政参与权无疑蕴含了公众基于正当程序要求而参与到行政权力运行过程中的权利,其中的陈述权和申辩权是行政参与的核心内容。^④ 进而言之,参与权强调的是当事人参与行政权力的运行过程,并不是简单的“到场”“参加”,而是一种积极有效的参与,从而与行政机关在行政行为形成的过程中进行一种实质性的沟通。美国学者萨默斯(Robert S. Summers)在其提出的过程性价值理论中强调,宪法意义上的正当程序除了追求程序结果的正义之外,还应具有“程序理性、对尊严和隐私的尊重”等过程性价值的效能。^⑤ 概而言之,正当行政程序的基本特征是:与处理结果有利害关系的个人平等地参与到行政过程之中,具有充分表达自己意见的机会并发挥各自应有的作用,从而使最终的决定符合程序正义的基本要求。也就是说,在行政过程结束之前,行政结果应该是不确定的。^⑥ 而在“于艳茹案”中,法院认为于艳茹的行政参与权并未得到充分的保障,核心的听证权也未得到有效的行使。尽管在撤销决定作出前,北京大学履行了举行听证的义务,由调查组对于艳茹进行了约谈,^⑦但是于艳茹的听证权并未得到充分有效的行使,在其博士学位有可能撤销的情况下,调查小组唯一一次的约谈内容仅涉及论文是否存在抄袭的问题,并没有告知其可能造成的后果,在此种情况下于艳茹显然不能充分表达自己的意见,也不能真正地参与到执法程序之中,有违正当程序原则的基本要求。

其二,行政机关的告知要“充分”。

法院认为北京大学未履行正当程序原则所要求的告知义务。正如美国联邦最高法院大法官所说“正当程序条款的精髓在于保护公民个人反对政府专断,但是,如果政府

^④ 参见邓佑文《行政参与的权利化:内涵、困境及其突破》,载《政治与法律》2014年第11期。

^⑤ See Robert S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Process: A Plea for “Process Values”*, 60 Cornell Law Review 3 (1974).

^⑥ 参见刘东亮《还原正当程序的本质——“正当过程”的程序观及其方法论意义》,载《浙江社会科学》2017年第4期。

^⑦ Henry J. Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 University of Pennsylvania L. Rev. (1975) p. 1277. 一定意义上而言,一般认为听证权的行使,只是要求采取“某种形式的听证”,不一定必须是正式的听证。

被允许秘密行动而不提前告知受其影响的公民,那么,反对专横权力就是一句空话。”^{③⑧} 为了当事人能够充分陈述自己的意见,他们必须首先被告知。^{③⑨} 所谓无告知即无正当程序,并不是说行政机关履行了告知义务即实现了正当程序,也不是说正当程序仅包括告知,而是说告知是正当的行政程序能够切实进行下去的前置条件,因为如果行政相对人都未被告知,那么他的程序参与权则无从谈起,正当程序无异于名存实亡。^{④①} 为此,正当程序原则对告知施加了严格的规定,即行政机关的告知要充分。正如丹宁勋爵所言:“如果被听取意见的权利要成为有价值的真正的权利,它必须包括让被控诉人了解针对他而提出的案情的权利。他必须知道提出了什么证据,有些什么损害他的说法,然后他必须得到纠正或驳斥这些说法的公平机会”^{④②}。申言之,行政机关在作出不利于相对人的决定时,除法律特别规定外,应向其说明具体的事实、法律依据以及进行裁量时所考虑的要素等。只有在当事人充分了解具体事实的情况下,才能够有针对性地进行陈述和申辩。故“于艳茹案”的二审法院认为,在有可能作出撤销学位决定的情况下,北京大学调查小组的约谈仅就抄袭的事实作了说明,并未就可能造成的后果以及救济途径等进行解释,可以说北京大学的告知至少是存在瑕疵的,而由于行政主体的原因所导致的告知瑕疵,责任不能施加于相对人,而应该由行政主体承担。^{④③}

其三,当事人意见表达必须“充分”。

法院认为,由于北京大学未事先告知可能造成的后果,于艳茹仅就论文是否抄袭这一事实发表了意见,未能就其他事项有针对性的提出意见。也就是说,学校在作出撤销学位的决定前,并未充分听取于艳茹的陈述和申辩,不符合正当程序原则的基本要求。

正当程序要求行政机关的行为应当符合最低限度的公正标准,包括相对人有充分被告知的权利和在行政裁决前获得实质性的听证。^{④④} 因此,正当程序原则的基本要求是行政机关应该充分保障当事人陈述和申辩的权利。在现代法治国家,行政行为的最终形成不再取决于行政机关单方面的决定,而是行政机关与利害关系人之间意志沟通的结果。要达成有效沟通的前提是在行政行为的形成过程中,行政机关不能依靠权力或其他强制性的手段单方面作出决定并强迫相对人接受自己的意见,而是双方根据一套公正有效的规则,通过论证支持各自的论点,从而达成共识。

但是在“于艳茹案”中,北京大学在调查约谈中仅是简单询问了论文是否涉及抄袭这一问题,并没有就这一抄袭行为可能造成的后果进行相关的说明,在这样的情况下,于艳茹很难充分地准备相关证据材料以及陈述意见说明,自然而然也难以进行充分的

^{③⑧} See Board of Regents v. Roth 310 F. Supp. 584 (1972).

^{③⑨} See Fuentes v. Shevin 407 U.S. 67, 80, 32 L. Ed. 2d 556, 92 S. Ct. 1983 (1972).

^{④①} 参见章剑生《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第656页。

^{④②} [英]威廉·韦德《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第181页。

^{④③} 参见阎铁毅、王国聚《论行政行为的告知》,载《法学杂志》2014年第1期。

^{④④} See Ernest Gellhorn, Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process in a nutshell*, 5th edition, New York: West Publishing Corporation, 2006, p. 191.

陈述与申辩。概而言之,在当事人意见表达不充分的情况下形成的意志沟通并不能算是真正的沟通,在这个过程中相对人的意志并不能对行政行为的形成起到制约的作用,相对人只是形式上的参与,最终还是行政机关单方面决定行政活动的结果。因此,行政相对人要想以积极主动的姿态参与行政权力的运行过程,并对行政权力运行结果的形成起到有效作用,其前提是必须保障相对人陈述和申辩的权利得到充分的发挥。

三、制度化推动:从“法官造法”步入案例指导

正当程序原则源自英美国家,在20世纪中期以前,对于我国来说完全是一个陌生的概念。即便是到20世纪80年代,行政法学重建之初,中国学界对正当程序也知之甚少,不管是在当时的行政法学教材中还是在法学词典里都找不到“正当程序”一词的身影。直到经由龚祥瑞和王名扬两位先生的介绍,“正当程序”乃至其思想渊源“自然正义”理论才开始进入行政法学界的视野,对于正当程序的研究也在如火如荼地展开,并开始出现在行政法上确立正当程序原则的声音。可以说,经过学者孜孜不倦的介绍和研究,由自然正义原则演化而来的正当法律程序原则,已经成为一种普适性的观念,对我国产生了并且正在产生着广泛而深远的影响。

也许是因为这种源自于国外的观念过于先进,而我国的法律传统中又极其缺乏相应的程序制度设计,因此,正当程序这一理念虽在理论界达成了一致,但是它在我国的法典化进程以及司法实践中运用却不是那么一帆风顺。按照成文法国家的传统观点,法院的主要职能是适用现有的成文法审查行政行为的合法性,不能超出法律规定之外进行法律的创制。值得庆幸的是,在我国宪法并没有明确的正当程序条款,也没有统一的行政程序法典的情况下,《行政诉讼法》中的“违反法定程序”条款的规定,加之《行政处罚法》等相关法律法规的出台,为法院适用正当程序原则裁判案件开了一道口子。正是借助于法院在司法适用方式上不断深入的创新和努力,通过从个案中的“法官造法”到普遍性的案例指导,极大地推动了正当程序原则在我国的制度化发展。

(一) 个案裁判中的“法官造法”

前述一系列案例证明,虽然我国的立法没有正式确立正当程序的原则和制度,但是法官已经在个案中创造性地运用正当程序原则判案。

如果说,“田永案”是运用正当程序原则判决的先声,确立了公平听证的要求,随后“刘燕文案”也围绕公平听证进行了激烈的交锋,那么“张成银案”则作为直接使用“正当程序原则”的第一案,提出了超出法定程序之外的正当性要求。从“平山县劳动局案”的严格依据成文法判案到“田永案”超出法定程序范围的审查,再到“张成银案”直接提出正当程序要求,最后到“于艳茹案”二审中应当适用的回答,可以说,在法无明文规定的情况下,法院以“田永案”和“张成银案”为样本,创造了适用正当程序原则的规则。

法官在个案中创造适用正当程序的规则行为,其实就是一种“法官造法”。法院通过将《行政诉讼法》第54条关于“违反法定程序”条款进行解释,使得能够包容“正当程序”的要求。具体而言,正当程序原则作为行政法上的一项基本原则,已成为学术界和实务界的共识。在此基础上,法官认为,应当将法定程序的“法”做扩大解释,其不仅应包括法律法规的程序规定,而且也包括“正当程序”等法律原则的一般要求。所以,违反正当程序原则也属于违反法定程序。目前大部分关于正当程序的案件,仍是援引“违反法定程序”条款直接作出判决。简言之,法院通过法官“造法”的方式不断创造正当程序的适用规则,推动正当程序原则得以新的发展。

当然,我国并不是判例法国家,先前的判例对后面的同类案件并不具有强制约束力,法院所创造的适用正当程序的规则也可能被后面的同类案件所摒弃。如“田永案”的判决确立了超出“法定程序”之外的公平听证要求,然而在“龙豪案”中,面对同样的情况,法院却认为,“限期拆除违法建筑”的行政处罚不属于必经听证程序的范围。另外,在“乔占祥案”中,面对上位法规定了听证程序,具体的下位法却没有规定听证的情况,法院认为铁道部未举行听证不存在违反法定程序的问题。

法院在个案中创造的适用规则,对于法律漏洞的填补,推动实质正义的实现具有极其重要的意义,然而“法官造法”在我国毕竟是不允许的,存在随时可能灭失的风险。为此,在正当程序规范缺失的情况下,作为一个非判例法的司法制度体系,法院将希望寄托于通过“案例指导制度”来巩固和推动正当程序原则在个案裁判中的适用,从而为法官通过判决发展正当程序原则提供正当性的制度空间。

由于法律存在抽象性与滞后性的问题,法官在法律适用过程中必然存在大量的裁量空间,由此可能产生事实相同的案件在不同法院甚至同一法院的不同法官中可能出现大相径庭的判决。^{④④}正是在这一背景下,为弥补成文法中的漏洞,推动同案同判的发展,我国开始逐步确立案例指导制度,^{④⑤}并已直接写入了法律。根据2018年出台的《人民法院组织法》^{④⑥}第18条的规定,“最高人民法院可以发布指导性案例。”这充分说明了指导性案例的重要性。事实上,指导性案例为案件裁判提供了具体、明确的指导和参照,这不仅能够更好地保证法院统一、公正地适用法律,有助于维持司法裁判的一致性及持续性,“有助于法安定性的达成”,^{④⑦}同时亦能够在我国实行非判例法的情况下,发挥着规则创设的判例化或制度化功能。

^{④④} 参见陈明国、左卫民:《中国特色案例指导制度的发展与完善》,载《中国法学》2013年第3期。

^{④⑤} 从1985年《最高人民法院公报》开始发布一些典型案例“供各级人民法院借鉴”,到2005年《人民法院第二个五年改革纲要》提出建立案例指导制度,以“指导下级法院审判工作”,再到2010年最高人民法院通过并颁布《关于案例指导工作的规定》及其《实施细则》中“应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判”,可以说我国已经逐步建立起了案例指导制度。

^{④⑥} 1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过,根据2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议修订,自2019年1月1日起施行。

^{④⑦} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第301页。

(二) 经由公报案例到指导性案例的新探索

在案例指导制度发展的早期,最高人民法院主要通过发布公报的方式巩固和推动正当程序原则的适用。如“陈迎春案”“田永案”以及“张成银案”等案件都曾被《最高人民法院公报》审议订正后公布,对其他类似案件的判决具有权威性的指导作用和事实上的规范效力。在“张成银案”中,法院确立了法无明文规定时正当程序原则的适用,即当行政机关做出的决定事关他人的合法权益时,虽然《行政复议法》没有明确规定必须通知第三人参加复议,但根据正当程序的要求,行政机关也应当通知其参加复议。该案一经公报公布之后,对类似案件的判决形成了参照作用。如在“彭淑华案”中二审法官的判决就深受“张成银案”判决的影响。二审法官在之后的案件评析中直言到“行政机关未通知利害关系人参加复议就直接作出复议决定有违正当程序原则的要求,这一点在‘张成银案’中就得到了确认,据此正当程序原则应当在本案中予以适用。”^{④⑧}前述案例经过公报发布之后,即便是公报案例对于正当程序原则的确立无法真正发挥“判例解释”的功效,但也不妨碍其判决在全国范围内产生广泛的影响,甚至有时候基层法院的一些创造性的判决也有可能推动法律的发展。

如果说上述适用正当原则的案例经过公报发布后,由于当时尚无明确规定在裁判文书中可以进行援引,对于巩固和推动法院创造的正当程序适用规则有一定局限性的话,那么“田永案”“黄泽富等诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案”(以下简称“黄泽富案”)^{④⑨}以及“张道文等诉四川省简阳市人民政府侵犯经营权案”(以下简称“张道文案”)^{⑤⑩}等相继被遴选为最高人民法院指导性案例,对于巩固和推动正当程序原则的适用产生了关键性的作用。

根据2010年最高人民法院发布的《关于案例指导制度的规定》以及2015年公布的实施细则,面对在法律与事实方面都与指导性案例类似的案件,法院“应当参照指导性案例的裁判要点作出裁判”,指导性案例的“裁判要点可以作为论证理由被引述,不得作为裁判依据引用”。^{⑤⑪}这些规定表明指导性案例在原有公报案例的基础上向前推进了一大步,已经成为官方认可的正式效力,对后面的同类案件开始产生法律约束力。

具体至行政领域而言,行政指导性案例发布之后,已经发挥而且正在发挥着其应有的指导和参照作用。^{⑤⑫}据统计,在最高人民法院自2011年12月20日至2019年2月25日发布的21批共112例指导性案例中,共计有19例行政指导性案例。而其中包含了“田永案”和“黄泽富案”等多例不同程度涉及正当程序原则适用的情形,从中我们可以一窥司法实践是如何通过案例指导制度探索推动正当程序原则在类案情形下的适用情

④⑧ 最高人民法院行政审判庭编《中国行政审判指导案例》(第1卷)中国法制出版社2010年版,第103页。

④⑨ 四川省成都市中级人民法院(2006)成行终字第228号行政判决书,被最高人民法院遴选为指导案例6号。

⑤⑩ 最高人民法院(2016)最高法行再81号判决书,被最高人民法院遴选为指导案例88号。

⑤⑪ 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条以及《关于案例指导工作的规定实施细则》第9条。

⑤⑫ 参见王天华《案例指导制度的行政法意义》,载《清华法学》2016年第4期。

形。

在“田永案”被确立为指导性案例之前,只是最高人民法院推出的一则公报案例,并不具备直接援引的效力,对于类案法官的裁判也没有强制性的约束力。在随后的很长一段时间内,各地也出现了很多类似的案例,但其中很多案例并未引述“田永案”的裁判要点,更有甚者法院直接以“高校不能成为适格被告”为理由而拒绝受理此类案件。由此可知,公报案例对后案法官的约束力是有限的,对相似的案件并不必然具备直接的效力。

然而,自从“田永案”被遴选为指导性案例第38号之后,对于正当程序原则的适用具有极大推动的法律意义。在该指导性案例的裁判理由中,法院公开而直白地指出,高校在作出事涉学生基本权利的决定时,应当根据正当程序原则的要求允许其提出陈述和申辩意见。在宪法和法律并没有明文规定的情况下,最高人民法院以指导案例的形式对“田永案”的再一次重申,特别是专门根据判决书总结凝练而提出正当程序原则的核心要义即行政机关应当保障当事人陈述和申辩的权利,为后续类似案件的裁判提供了参照的依据。“于艳茹案”之所以能够在正当程序原则的适用方面得以新的发展,也离不开“田永案”等指导性案例提供的参照作用。

正当程序原则保障的是行政相对人的程序参与权,而听证程序是参与权的核心内容,这一点也是指导性案例6号“黄泽富案”所着重强调的。该案中,针对“没收32台电脑主机”的行政处罚决定是否应当举行听证的问题,法院认为,虽然《行政处罚法》第42条规定并没有明确列举“没收财产”的听证要求,但它同样对当事人权益产生重大的影响,根据“正当程序原则”应当举行听证。最高人民法院在对该指导性案例的裁判要点进行说明时以正当程序原则为理论依据,并提出该原则的核心内容即听证程序。^{⑤3}同时通过对该指导性案例的宣示也在一定程度上潜在地明确了正当程序原则的正当性基础。正如学者所说,“就黄泽富案而言,综合考虑程序运行的成本和效益等因素分析,本案涉及的行政处罚决定前举行听证程序其实是没有必要的,对于澄清事实和法律问题、防范行政错误的发生并没有实际意义。”^{⑤4}确实,针对行政机关作出的扣押决定,原告已经向法院提起了行政诉讼,双方在诉讼环节中就争议点充分发表了各自的意见,并进行了有效的沟通,最后法院在此基础上作出了维持扣押决定的判决,在这之后,行政机关才据此作出行政处罚的决定。为此,根据正当程序原则对于成文法规定程序的补充规则,在行政处罚中再次举行正式听证程序对实体结果的产生毫无助益,且在一定程度上造成了行政成本的浪费。^{⑤5}

然而这也从侧面说明了适用正当程序原则的正当性基础之所在,即程序具有独立

^{⑤3} 参见最高人民法院案例指导工作办公室《指导案例6号〈黄泽富、何伯琼、何熠诉成都市金堂工商行政管理局行政处罚案〉的理解与参照》,载《人民司法》2012年第15期。

^{⑤4} 杨登峰《指导案例6号的未竟之业》,载《法治现代化研究》2017年第3期。

^{⑤5} 参见杨登峰《法无规定时正当程序原则之适用》,载《法律科学》2018年第1期。

于结果的内在正义价值,而基于这种程序本身的正义价值,即便是法律法规没有明确的程序性规定,行政机关也应当受正当程序原则的约束。换言之,程序并不仅仅是用于保障实体权益的手段或工具,结果的有效性也不是程序所追求的唯一目标,评价一项法律程序是否正当不能只关注结果的正当性,而应当立足于程序本身是否具有一种内在的正义价值。“黄泽富案”中,在行政处罚决定作出之前再次举行听证对于当事人实体权益的保障并不能产生实际意义,的情况下,法院仍要求行政机关告知当事人听证的权利,也正是基于程序本身独立于实体结果的正义价值而进行考量的,而这种程序正义论恰恰是正当程序原则的正当性之所在。

如果说指导性案例6号体现了正当程序原则对听证程序要求,并潜在地明确了正当程序原则的正当性基础,那么,指导性案例88号“张道文案”体现的则是正当程序所要求的行政机关的告知义务。在该案中,四川省简阳市政府在1996年对张道文等授予三轮车有偿使用许可时,并未告知其具体的许可期限,但是在使用满两年后直接针对这一批运营者发布使用期限届满的公告。对此,最高人民法院再审时认为行政机关作出行政许可等授益性行政行为时,仍应当明确告知行政许可的期限。质言之,指导性案例88号所着重指出的行政机关的告知义务,意在强调即便是法无明文规定,行政机关也应当根据正当程序的要求履行特定的告知义务。2004年实施的《行政许可法》就明确提出行政许可的设定应当明确规定许可的期限,而本案发生的时间是1996年,即便是法无明文规定应当履行告知义务,不过根据正当程序原则的要求,行政机关在作出授益性行政行为时也应履行告知义务,而行政机关怠于履行告知义务的行为在程序上存在瑕疵,属于明显不当的行为。

(三) 案例指导的制度化功能

案例指导制度的基本目标是通过参照的方式实现统一法律的适用,最大限度地维护司法裁判的一致性和持续性,从而推动同案同判的实现。^{⑤⑥}透过上述指导性案例的分析我们发现,在我国宪法没有明文规定正当程序条款,同时也缺乏一部专门的行政程序法典的背景下,最高人民法院通过案例指导制度不仅进一步巩固了法官在个案中所创造的正当程序适用规则,而且通过援引和参照的方式逐步实现在司法实践中对正当程序原则的适用。正如前文所述,行政指导性案例对于正当程序原则的核心要义及要求都作了进一步的明确,并通过裁判要点提炼为具有指导意义及法律约束力的一般规范。譬如,指导性案例38号开宗明义地提出了正当程序的核心要求,即行政机关作出任何使公民遭受不利影响的决定时,应当遵守正当程序原则;指导性案例6号不仅明确了正当程序原则的听证要求,同时也潜在地体现了该原则正当性基础之所在,程序具有独立于结果的内在正义价值,即便是该程序对于实体结果的发生并无助益,也需要符合最低限度的程序标准;而指导性案例88号则是明确了正当程序原则的告知要求,行政机关

^{⑤⑥} 参见张骥《论中国案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性》,载《比较法研究》2017年第5期。

怠于履行特定的告知义务,即构成对正当程序原则的违反。可见,这些指导性案例虽然不同于“判例”,但其通过“裁判要点”对正当程序原则的提炼和明确宣示,事实上发挥着规则创设的判例化或制度化功能,其实也就构成了正当程序原则的效力渊源,使其实际上具备了一种实然的“法规范”效力,由此为法无明文规定时法院通过判决发展正当程序原则提供了制度空间。

当然,指导性案例由于存在自身定位不清、价值取向不明等问题,^{⑤7}加之司法实践中法官的态度不一,使得指导性案例在适用的质量和数量上都存在一定的不足。根据北大法宝的专门统计报告,截至2017年底,这三个指导性案例在司法实践中分别被法官直接援引的次数都在10次左右,而更多的情况是被类案法官进行隐形援引。^{⑤8}不过不管怎么样,个案中的“法官造法”和制度上的案例指导对于推动正当程序原则的制度化发展都发挥着重要的作用。法官在个案裁判中创造规则,不断深化正当程序原则的审查标准,而案例指导制度则是以参照适用的形式巩固这种适用规则,并以制度化约束建构稳固的正当程序规范。同时这种通过案例所确立起来的正当程序原则,也在一定程度上推动了我国的行政程序立法。例如,指导性案例6号确立的“没收较大数额非法财产”的行政处罚应当予以听证规则,就被2015年上海制定的《上海市行政处罚听证程序规定》所吸收,其起草说明中提到,之所以如此规定,正是因为考虑到了指导性案例6号的规定。^{⑤9}

结 语

就正当程序原则而言,在宪法没有专门的正当程序原则条款、行政程序立法体系远未成型的情况下,正是从“田永案”“张成银案”到“于艳茹案”等一系列个案的推动,为正当程序原则的发展勾勒出了一幅日渐清晰的图景。通过个案判决的推动,适用正当原则的正当性基础得到了进一步的明确,正当程序原则的适用程度也从形式审查迈向实质审查,并通过个案中的“法官造法”和制度上的案例指导,进一步推动正当程序原则适用的制度化。

当然,如果根据“于艳茹”案中法官直白而明确的答复,我们就得出正当程序原则已经全面和最终确立的结论还为时过早。个案判决的实践情况,也并不能消除我们对适用正当程序原则的担忧。就目前的司法实践而言,在没有专门的行政程序法典的情况下,法院在进行司法审查时,不可避免地仍然需要以“违反法定程序”的方式来推进正当

^{⑤7} 参见彭中礼:《司法判决中的指导性案例》,载《中国法学》2017年第6期。

^{⑤8} 北大法律信息网《最高人民法院行政指导性案例2017年度司法应用报告》,载 <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=103478>,最后访问时间:2018年10月11日。

^{⑤9} 参见上海市人民政府法制办公室《关于〈上海市行政处罚听证程序规定(草案)〉的起草说明》,载 <http://www.shanghai.gov.cn/fzb/xw-fgzdt/20180228/4586.html>,最后访问时间:2018年10月18日。

程序原则的适用。指导性案例制度仍处于初创阶段,法院通过参照指导性案例的方式巩固和推动正当程序原则的适用还任重道远。在具体的适用中,还存在大量滥用正当程序原则的现象,特别是对适用正当程序的范围和程度,仍然没有一个清晰的界定。因此,正当程序原则全面和最终确立,不仅需要司法判决的推动,更为重要的是进一步推进统一的行政程序立法,尽快制定统一的行政程序法典。

Abstract: As a basic principle in the Administrative Law, due process has been broadly recognized by the theory field in China. However, it does not mean that courts could apply the principle directly in the judicial review to make judgments. In the face of the absence of explicit provisions, the legitimacy problem of applying the due process principle in the judicial judgment is inevitable, and the dilemma of the degree of censorship emerges frequently. However, by reviewing the typical cases such as Tian Yong Case, Zhang Chengyin Case, Yu Yanru Case, etc., it is clear that the due process principle has been constantly developed and promoted by judicial decisions time and time again in the last 30 years. Not only does the legitimate foundation of applying the due process principle develop from legal procedure to procedural justice, but the degree of judicial application of due process principle is also developed from formal review to substantive review. At the same time, its application mode also marches toward the case guidance system from the simple judge-made law, so that the institutional development of the application of the due process principle has been promoted significantly.

(责任编辑:吴 蕾)